COMENTARIOS

AL

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

POR

D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO

Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado,
con honores de Presidente de Sala del mismo Tribunal,
Vocal de las Secciones 1.ª y 4.ª de la Comisión general de Codificación,
del Instituto de Reformas sociales y del Consejo Penitenciario
y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

CON LA COLABORACIÓN DE VARIOS JURISCONSULTOS

Y UNA INTRODUCCIÓN DEL

EXCMO. SR. D. FRANCISCO DE CÁRDENAS

TOMO I

Cuarta edición, corregida y aumentada.

MADRID
Hijos de Reus, Editores-Impresores-Libreros.
Cañizares, 3 duplicado.
1914

INTRODUCCION

I

Cuéntase en Francia que al saber Napoleón I que Mr. Maleville había comentado su Código civil, exclamó lleno de amargura: *mon code est perdu.* Tanta era la pasión de aquel grande hombre contra los abogados, y tanto su temor de que, entregada su obra al análisis interesado y á las disputas de los curiales, se falseara su espíritu y se torciera el sentido de sus disposiciones. No era esta, sin embargo, una opinión nueva y singular, pues ha habido en todos tiempos estadistas y críticos, que en presencia del abuso que para servir las malas causas, solía hacerse en las discusiones forenses, de las múltiples y diversas doctrinas de los intérpretes, juzgaban que los comentarios de las leyes servían más para obscurecer su texto que para explicarlo y aclararlo. Así opinaba el ilustre Bacon, entre otros. Pero si de este mal ofrecía la antigua literatura jurídica algunos ejemplos, también los mostraba de sabios glosadores que, con su profunda erudición y diligente crítica, habían hecho brotar la luz del texto obscuro ó in-

cierto de las leyes. Así es que si el Rey Alfonso XI, para remediar la confusión é incertidumbre del derecho, á que daban lugar en su aplicación, la variedad y contradicción de las opiniones de los antiguos intérpretes, las privó de toda autoridad, prohibiendo alegarlas en los tribunales y permitiendo tan sólo leerlas en las escuelas, no fué observada esta ley, y cuando D. Juan I, en 1383, quiso que se cumpliera, tuvo que modificarla, eximiendo de la prohibición las obras de Bartolo y Juan Andrés, cuyas doctrinas habían de seguirse aplicando. Si D. Juan II por su Pragmática de 1417, reiteró con sanción penal la prohibición anterior respecto á los escritos de doctores posteriores á Bartolo y Andrés, los Reyes Católicos, por su Ordenanza de 1499, ampliaron el privilegio que gozaban estos dos famosos glosadores á Baldo y al abad Panormitano. Verdad es que los mismos Reyes Católicos reprodujeron en la ley 1.ª de Toro, la antes citada de D. Alfonso, derogando su propia Ordenanza de 1499; pero no lo es menos que siguieron alegándose en el foro las leyes romanas y canónicas con sus glosadores; y así el Consejo, cuando por su auto acordado de 1713, mandó guardar la ley de D. Alfonso XI, la modificó hasta cierto punto, declarando que las leyes romanas y canónicas debían considerarse como sentencias de sabios, «que sólo pueden seguirse en defecto de ley, en cuanto concuerdan con el derecho natural y confirman el real, y que no deben preferirse los comentarios de autores extranjeros á la doctrina de nuestros propios autores, que con larga experiencia explicaron, interpretaron y glosaron las leyes y ordenanzas, fueros y costumbres de estos Reinos». Por todo lo cual se ve que en ningún tiempo ha sido posi-

ble prescindir de los comentarios de las leyes, por más que á veces se haya abusado de ellos, y que carecía de todo fundamento la opinión de los que pretendían proscribirlos.

En buen hora que se desechen y condenen los comentarios que, en inútil y pesado fárrago, confunden y obscurecen el sentido de los textos, y los que sin dar más luz que la que la letra de los mismos arroja, distraen la atención de quien los consulta, con definiciones impertinentes, citas extravagantes ó episodios supérfluos; pero aquella interpretación que explica las leyes por sus orígenes históricos y sus fundamentos filosóficos, y con estos auxilios penetra en su espíritu y descubre lo que ellas ordenan por lo que el legislador quiso decir, ¿cómo no ha de ser conveniente y á veces necesaria? La exégesis que sigue paso á paso los artículos de un código, expone sus motivos, patentiza su aplicación con ejemplos, los aproxima entre sí para que mutuamente se expliquen, y reuniendo la teoría científica al texto legal práctico, revela exactamente el pensamiento del legislador y el sentido genuíno de sus palabras; lejos de dificultar la buena administración de justicia, contribuye á facilitarla y dirigirla por la vía recta del derecho. Y si á estos valiosos elementos se agregan, como es necesario, las resoluciones del Tribunal Supremo en las dudas legales á que hubieren dado lugar los mismos textos, el comentario habrá llenado cumplidamente su objeto.

El comentario simplemente teórico, entendiendo por tal el que prescindiendo de la historia, busca en la razón pura el fundamento de sus juicios y en el sentimiento de la justicia universal el criterio para formar-

les, suele no dar á conocer bastante las leyes que tiene por objeto. Como estas leyes no son séres aislados y espontáneos, que viven desprendidos del suelo en que tienen su destino sino que, al contrario, ocultan sus raíces en la historia y guardan estrecha relación con todo lo que les rodea, el que haya de analizarlas y juzgarlas no puede prescindir de tan esenciales circunstancias. Para formar acertadamente tales juicios no basta aplicar á las leyes el criterio de la verdad moral absoluta, sino que es necesario sujetarlas también al de la verdad local y relativa, obra de los tiempos y de las costumbres. El sentimiento de la justicia lo mismo existe en Europa que en China; y sin embargo; ¡cuánta diferencia entre sus leyes!

Reconocida la utilidad de los comentarios, lo ha sido también la de agregar uno de origen oficial al texto de los nuevos códigos, que sirva de guía á los tribunales encargados de aplicarlos, con preferencia á toda interpretación de carácter privado. Bentham quería que toda ley llevara su explicación al pie; Rousset, en su libro *De la redaction et de la codification rationnelles des lois*, pretende que el legislador redacte, á la vez que el código, una exposición de motivos, que contenga: 1.º, la historia de cada ley, con expresión de las causas y circunstancias que la hayan hecho necesaria ó útil; 2.º, la parte jurídica y dogmática de la misma, en que se demuestre su constitucionalidad y los principios de justicia y de derecho en que se apoya; y 3.º, la parte analítica en la cual se explique el alcance especial de las disposiciones de la ley y se den las definiciones de los términos legales, á fin de que su inteligencia no quede á merced del arbitrio privado. El código fran-

cés tiene su más autorizado comentario en las sesiones publicadas del Consejo de Estado que lo redactó, y las del Tribunado que le dió su aprobación, después de largos debates y luminosos informes. El Código italiano va precedido también de una exposición dirigida al Rey por el Ministro de Justicia, en la cual, aunque brevemente, se da alguna razón de la obra. El nuevo proyecto de Código para el Imperio de Alemania va precedido de una exposición de motivos que ocupa cinco gruesos volúmenes. No pediría yo tanto para nuestro Código civil; pero es de sentir que precipitándose más de lo conveniente su publicación, no se diera lugar á que la Comisión que lo redactó lo acompañase de una exposición razonada de los fundamentos de sus más importantes disposiciones, ó al menos de las que han venido á modificar nuestro antiguo derecho. Así se habrían tal vez evitado alguno de los errores en que han incurrido los que en el Parlamento y fuera de él se han creído en el deber de criticarlo. Así también sus numerosos comentadores hallarían hoy criterio más seguro para resolver las dudas que pueda ofrecer la recta inteligencia de sus textos.

II

Los adversarios de la codificación hacen argumento contra ella de la necesidad y de la multitud de comentarios que originan los códigos. Si éstos, dicen, aun siendo los mejores, necesitan ser comentados para procurar su recta aplicación, será porque la forma de legislar codificando es de suyo esencialmente imperfecta,

y entonces valdría más suprimir los textos, sustituyéndolos con un comentario oficialmente autorizado. El ilustre jurisconsulto Sr. Durán y Bas, en sus conferencias sobre *La codificación y sus problemas,* en que tan gallarda muestra ha dado de su talento y su ciencia, procura demostrar la imperfección de los códigos, alegando que la fórmula de sus preceptos no puede ser parafraseada ni comentada, como la de las leyes antiguas, sino dogmática en su expresión y abstracta en su contenido; y por lo tanto, corre el peligro de ser obscura, si breve; confusa, si redundante; casuística, si múltiple y concreta, y ocasionada á antinomias, si poco precisa. Mas para evitar tales peligros, lo que hay que procurar es que los preceptos de un código no se expresen en forma tan breve que resulten obscuros, ni tan redundante que aparezcan confusos, ni tan múltiple y concreta que sean casuísticos, ni tan poco precisa que dé lugar á antinomias. Pero de que el legislador pueda incurrir en alguna de estas faltas, no se deduce que debamos renunciar á los códigos, así como de que las obras humanas puedan ser imperfectas no se sigue que debamos abstenernos de intentarlas. Lo que, admitido el argumento del sabio jurisconsulto catalán y reconocida la verdad de los peligros que señala, debe con más razón afirmarse, es que los códigos, aun los más perfectos, necesitan razonados comentarios.

Nuestro Código civil los ha menester tanto como cualquiera otro, porque si no adolece ni con mucho de todos los defectos que le han achacado los críticos, tampoco carece de ellos, y como los más de los conocidos hasta ahora han de ser remediados por la jurisprudencia, deberá ésta ser iniciada por los comentaristas, al

menos en los casos presumibles, en que su necesidad pueda preverse. Si tales casos ocurren, los tribunales vendrán á resolverlos, y algo podrá aprovecharles el estudio previo que se haya hecho de los textos cuestionables.

Pero nuestro Código no sólo necesita ser comentado, sino defendido de algunas de las críticas que de él se han hecho. No todos los jurisconsultos españoles aceptan como buena la codificación, y recordando algunos las batallas que hace años riñó la escuela histórica con la filosófica en Alemania, se inclinan más á la primera que á la segunda, y habrían preferido á un Código, leyes especiales sobre aquellas materias del derecho civil que necesitaran reforma. No he de detenerme á discutir ahora las razones que entonces se alegaron por los partidarios de uno y otro sistema; recuerdo aquel interesante debate, porque en él han buscado algunas de su armas los que empiezan por censurar la existencia del Código y lamentan que no se haya adoptado en su lugar el sistema de las leyes especiales: los que para defender la diversidad de legislaciones dentro de una nación, confunden esta causa con la de la unidad de sus leyes. Una cosa es codificar y otra reformar el derecho, puesto que lo uno se puede hacer sin lo otro, como sucede en Inglaterra, donde se reforman y sustituyen los viejos estatutos sin codificarlos; mas por lo mismo no se pueden achacar á la codificación los inconvenientes que puede ofrecer la unificación extemporánea y violenta del derecho. Tratando ahora tan sólo de la necesidad y la oportunidad del nuevo Código, debo afirmar que la escuela histórica, si subsiste en todo lo que se refiere al predominio de la historia en las leyes,

ha perdido la mayor parte de su valor é importancia en cuanto á proscribir la codificación, desde que hay códigos en casi toda Europa y en muchos Estados de América. Ya no se discute aquella doctrina, y si se reconoce la verdad de muchas de sus afirmaciones, óptase generalmente por las de la escuela contraria, considerando que son mayores los inconvenientes de regirse por una legislación desparramada sin método en multitud de volúmenes, nacida en tiempos diversos y á veces antinómica, que por un código ordenado y sistemático, aunque sea incompleto.

No hay que exagerar, sin embargo, los beneficios de la codificación. Reducidas las leyes á un cuerpo doctrinal escrito en el lenguaje corriente y estilo claro, algo podrá ganar con el tiempo la educación del pueblo y su instrucción jurídica; pero nunca será ésta tal que deje de ser el conocimiento del derecho positivo inaccesible al vulgo indocto. Ventaja grande es de la codificación reunir en un solo volumen todo el derecho civil vigente en la época de su publicación, facilitando con ello su conocimiento; pero sabido es también que no basta la codificación para fijar un estado permanente de derecho; porque siendo limitada la previsión humana, mudando las costumbres con los tiempos, transformándose la sociedad y variando los intereses, ó han de renovarse los códigos con cada nueva generación, ó han de ser un obstáculo al desarrollo de los futuros progresos jurídicos. Si se reforman cada vez que se descubren abusos nuevos ó nuevas necesidades que satisfacer, tal vez estas reformas obligan á retocar otras disposiciones que estaban en armonía con las reformadas, resultando alterada toda la economía de la

obra. Pero cuando la multitud de las leyes introduce la confusión y la incertidumbre en el derecho; cuando las vicisitudes sociales y las revoluciones políticas han venido después á acrecentar aquel número con otras leyes inspiradas en diverso y aun contrario espíritu, y cuando por consecuencia de este estado legal sufre grave daño la administración de justicia, porque como dice Tácito, *a corruptissima Republica plurimæ leges*, ¿qué remedio queda sino refundir la legislación vigente en bien ordenados códigos?

III

Reconocida la necesidad del Código civil, objeto de esta obra, cúmpleme examinar si su redacción responde á los progresos de la ciencia jurídica. Al verificarlo, empiezo por afirmar que no deben calificarse de progreso todas las cosas nuevas, que individuos ó colectividades pretendan introducir en el fondo ó en la exposición del derecho, mientras que no hayan sido aceptadas por la mayoría de los juristas y comprobadas por la experiencia. Cuando se promulgó el código francés lo acusaron de refractario al progreso hombres tan ilustres como Benjamín Constant, Chenier, Guinguené y otros. Criticábanle porque no contenía nada verdaderamente nuevo, ninguna creación legislativa que imprimiera á la sociedad francesa un carácter propio y duradero, porque no era más, decían, que una traducción de los textos del derecho romano y de las *costumbres*, tomadas de la Instituta de Justiniano ó de las obras de Domat y Pothier, reducidos á artículos

numerados. Portalis y sus colaboradores contestaban que en la legislación no debía buscarse la originalidad, tratándose, no de una sociedad nueva que había que constituir, como hicieron Moisés y Licurgo, sino de una sociedad vieja que era menester reformar en algunos puntos y que restaurar en otros. Añadían que el derecho francés que se estaba elaborando hacía dos siglos, era el producto del derecho romano, del feudalismo, de la Monarquía y del espíritu moderno, y que lo que había que hacer era acomodarlo á una sociedad que había dejado de ser aristocrática, para convertirse en democrática. Después se notaron en ese código varios defectos y deficiencias. Savigni, empeñado en ardientes polémicas con la escuela filosófica, criticó acerbamente á los legisladores franceses, diciendo de ellos que eran ignorantes y parecían más bien meros aficionados á los estudios legales que verdaderos jurisconsultos. Mas las críticas de aquel sabio jurista no han convencido á la opinión ilustrada de los pueblos, ni tampoco las ha justificado la experiencia.

Otros muchos defectos atribuyen al código francés algunos de sus modernos críticos. Se ha censurado la distribución de sus materias, la imperfecta redacción de algunos de sus artículos y sus deficiencias. No trato de defender la redacción de ese código, pero debo decir que no es posible hacer una clasificación tan rigurosamente lógica de las materias de un Código civil que cada una no sólo esté en su lugar propio, sino que no pueda hallarse bien en ninguno otro de la obra. Todos los legisladores posteriores á Napoleón han intentado hacerla, y ninguno lo ha conseguido. Después ampliaré más este concepto. Como prueba de la imper-

fecta redacción de algunos de los artículos y de las deficiencias de ese código, se alega que desde su promulgación en 1806, se han hecho 32 leyes que lo modifican, y que en los primeros cincuenta años de su régimen, tuvo el Tribunal de Casación que declarar 2.000 violaciones de sus preceptos y que aclarar su sentido en 3.750 cuestiones controvertidas en otros tantos recursos. Pero suponiendo que haya completa exactitud en estos datos, los defectos señalados no lo son exclusivamente del código francés, sino de toda codificación antigua ó moderna. Sería menester que una obra legislativa disfrutara privilegios que no alcanza ninguna otra obra humana, y que no tuviese límite la previsión del legislador, para que la redacción de un código sea tan perfecta que excluya toda crítica, y para que á pesar de las mudanzas de los tiempos y de las costumbres, no puedan darse casos en la vida de la sociedad que no tengan su solución en la ley escrita. Achaque es este de toda codificación, y por lo tanto es menester sufrirlo ó renunciar en absoluto á ese modo de legislar. De él adolece seguramente también nuestro Código; y por eso, á pesar de la precaución adoptada de dejar fuera del mismo todo lo que por su naturaleza ó las circunstancias parece más variable, habrá que dictar con el tiempo nuevas leyes que más ó menos lo modifiquen, como ha sucedido en Francia.

En cuanto á las definiciones legales, que se ponen también por tacha al código francés y al nuestro, no opino con los que las condenan en absoluto, entendiendo al pie de la letra aquella pretendida máxima *Omnis definitio in jure periculosa.* Peligrosas son, sin duda, las

malas definiciones: inoportunas y aun ridículas las que tienen por objeto cosas tan conocidas, que basta decir su nombre usual para que nadie las confunda con otras; pero los términos técnicos que representan abstracciones ó creaciones jurídicas, obra tan sólo de la ley, si no se definen, queda cada uno en libertad de entenderlas á su manera, con peligro de la recta inteligencia de los textos legales. Muchas leyes inglesas suelen empezar por la definición de los términos que van á usarse en ellas. Creo, pues, que ni el código francés ni el nuestro pecan por exceso de definiciones supérfluas, y mucho menos por definiciones peligrosas.

IV

Viniendo ahora al examen más concreto de nuestro Código y empezando por la clasificación de sus materias, diré que la distribución de éstas en cuatro libros me parece la más científica y la más lógica, sin ser por eso perfecta. Pero lo es menos la división del Código en tres libros: destinado el primero á las personas; el segundo, á los bienes y modificaciones de su propiedad; y el tercero, á los modos de adquirirla y transmitirla, como se observa en el código francés, el italiano y los demás que los imitan. Comprenden estos códigos en el libro segundo, como modificaciones de la propiedad, las servidumbres, el usufructo, el uso y la habitación, que si modifican por una parte el dominio, son ó pueden ser por otra modos de adquirirlo y transmitirlo, de que trata el libro tercero. Modificaciones de la propiedad representan igualmente la hipoteca, los censos y

la prenda, y sin embargo, no figuran en el libro segundo, sino en el tercero, entre las obligaciones y los contratos, donde también se hallan en lugar propio. En este mismo libro aparecen confundidos los actos de última voluntad, las obligaciones y los contratos, porque en efecto, unos y otros son modos de adquirir, que dice el epígrafe del libro; pero hay entre ellos una diferencia profunda que los distingue: los primeros son actos unilaterales, obra de una sola voluntad; los segundos son actos bilaterales, que no se realizan sin convención previa ó sin la intervención activa de dos ó más personas. Esta diferencia ha debido servir de fundamento á la separación en libros diferentes, de los preceptos que rigen estos dos géneros de actos.

El código portugués no sigue el ejemplo del francés y el italiano. Divídese en cuatro partes: la primera trata de las personas y los derechos de familia. La base de la clasificación de las materias en la segunda parte, dividida en tres libros, es la circunstancia de adquirirse los derechos que son objeto de cada una de ellas, por la mera voluntad de una persona y sin el concurso de otra, que es el asunto del libro primero, ó por el concurso de dos voluntades, asunto del libro segundo, ó por un hecho ajeno al adquirente ó ministerio de la ley, asunto del libro tercero. Pertenecen á la primera categoría los derechos individuales y los que nacen de la ocupación, la posesión y la prescripción: comprende la segunda las obligaciones, los contratos de todas clases y las donaciones; y corresponden á la tercera, la gestión de negocios, los testamentos y las sucesiones. Bajo el epígrafe *Del derecho de propiedad*, comprende la tercera parte el usufructo, las servidumbres,

la accesión y el derecho de enajenar. La parte cuarta se divide en dos libros: el primero trata de la responsabilidad civil y sus diferentes causas; y el segundo de las pruebas de los derechos, la cosa juzgada, las presunciones, el juramento y las acciones. Pero esta clasificación, aunque nueva y desusada, no es tampoco perfecta. Las servidumbres legales deberían comprenderse, según ella, en el libro tercero de la parte segunda, que trata de los derechos que se adquieren por ministerio de la ley, y las servidumbres voluntarias en el libro segundo de la misma parte, referente á los derechos que se adquieren por el concurso de la voluntad propia y la ajena. La accesión y el deslinde de propiedades, como origen de derechos que se determinan por la voluntad propia, sin el concurso de la ajena, deberían aparecer en el libro primero de la misma parte segunda, y sin embargo, se hallan en la parte tercera, que no obedece al mismo criterio de clasificación, y tiene por objeto determinar los derechos de la propiedad absoluta y la resoluble, la individual y la común, la perfecta y la imperfecta. El código de Guatemala y otros aceptan la división y la clasificación del francés. Pero los de Méjico, Chile y Uruguay contienen cuatro libros, dedicando uno especial á los testamentos y sucesiones, para no confundir, como lo hacen el francés y el italiano, este modo de adquirir con la ocupación, la accesión y la posesión. El código de Baden divide sólo en dos libros todas sus disposiciones.

La división y la clasificación de materias en el nuevo proyecto de código aleman se diferencian profundamente de todas las usadas hasta hoy. Divídese, no en tres ni en cuatro, sino en cinco libros. El primero,

intitulado *Parte general*, contiene en once secciones las materias más diversas, como las fuentes del derecho positivo, mezcladas con todo lo que se refiere á las personas, á la validez y la prueba de los actos jurídicos, la prescripción de las acciones, la cosa juzgada, el derecho de propia defensa para conservar derechos y la cauciones admisibles para asegurarlos. Los autores del proyecto no encontraron, sin duda, otra colocación más oportuna para tan diversas materias. El libro segundo trata de las obligaciones en general y en particular de los contratos, entre los cuales figura la donación, y las obligaciones derivadas de hechos ilícitos y otras causas concretas. Trata el libro tercero de la división de las cosas y de los derechos reales, entre los que figura la inscripción de los inmuebles en el Registro de la propiedad, la hipoteca, la subhipoteca, la prenda y los demás derechos que la mayor parte de los otros códigos incluyen en el libro que suelen llamar «De los bienes y las modificaciones de la propiedad». En el libro cuarto se vuelve á legislar sobre las personas de cuya capacidad jurídica se había tratado en el primero, y entonces es cuando se prescriben las reglas concernientes al acto y al contrato de matrimonio, la patria potestad, la filiación, la adopción y la tutela. El libro quinto es el que comprende todo lo relativo á los testamentos y las sucesiones, como hacen los códigos de Méjico y Chile. Si analizáramos detenidamente esta clasificación, no faltarían motivos para criticarla. ¿Pero necesitaré citar más ejemplos? ¿No bastan los referidos para hacer ver la variedad de métodos usados en este punto por los legisladores extranjeros y que por lo tanto no hay ninguno generalmente, recibido, que pu-

diera imponerse por modelo? Lo que de semejante variedad de las clasificaciones y de sus defectos se deduce es la imposibilidad de clasificar y dividir con tal rigor lógico todas las disposiciones de un código, que ocupe cada una el lugar que le corresponda, sin que racionalmente pueda hallarse en ningún otro. Y esto no es posible, porque las instituciones jurídicas presentan aspectos y relaciones diferentes, pudiendo ser clasificadas bajo uno ú otro de ellos, y según sea el preferido, así podrán colocarse en uno ú otro sitio de la obra.

Sin tener en cuenta estas verdades, han extrañado algunos críticos que la donación aparezca en el libro tercero de nuestro Código, entre los modos de adquirir la propiedad, y no en el cuarto, que define los contratos. Este es, por cierto, uno de los casos dudosos que ofrece la clasificación de las leyes. Disputase si la donación entre vivos es un mero acto legal, como el testamento, ó un verdadero contrato. Pero no se puede negar que hay en ella dos períodos ó momentos diferentes, en cada uno de los cuales ostenta diversa naturaleza jurídica. Aceptada por el donatario, reviste la donación las condiciones de un contrato *sui generis;* ¿pero qué es ella en el momento anterior, desde su otorgamiento por el donante hasta su aceptación por el donatario? Todavía no es contrato, y sin embargo envuelve una obligación aunque revocable, como los testamentos, y sujeta á una condición potestativa, pero que si se cumple, convierte el acto unilateral en bilateral contrato. Y como no es fácil separar las disposiciones legales referentes á cada uno de estos dos períodos diversos del acto, tanto puede estar la donación entre los contratos, como entre los modos de adquirir el dominio, en com-

pañía de los legados y los testamentos. Los códigos divididos en tres libros, como el francés y el italiano, comprenden en uno solo todos los modos de adquirir, las obligaciones y los contratos, contando entre los primeros la donación; otros que, como el portugués, separan los modos de adquirir de las obligaciones y contratos, colocan entre éstos las donaciones.

V

Los autores de nuestro Código recibieron con la ley de bases de 11 de Mayo de 1888, la pauta á que habían de sujetarse en la resolución de los problemas jurídicos que debían ser objeto de su obra. No tuvieron, pues, la misión de hacer un derecho nuevo, sino reproducir el derecho histórico, formulándolo con el unico propósito de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica y atender á algunas necesidades nuevas, con soluciones que tengan fundamento científico ó precedente autorizado en legislaciones propias ó extrañas y hayan obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, ó resulten bastante justificadas por la discusión de los Cuerpos colegisladores. Según este precepto, debía prevalecer en el Código el elemento histórico y no habían de introducirse en él más novedades que las que exigieran algunas necesidades nuevas y tuviesen además los requisitos expresados. Y asi debía ser, porque como dice Blunschli, el derecho civil de todo pueblo carece de autoridad moral, cuando no

tiene su raíz en lo pasado. No excluía en absoluto la ley de bases toda innovación, mas no podrían hacerse según su texto más que las reclamadas por necesidades nuevas y estuvieran justificadas por la ciencia ó los precedentes, y hubieran obtenido el común asentimiento de los jurisconsultos. Si á esta base de la ley no hubieran acompañado otras que prescribían reformas determinadas, la comisión codificadora apenas habría podido hacer otra cosa, que reducir á artículos en lenguaje moderno, los preceptos de nuestras vetustas leyes y alguna parte de la antigua y la nueva jurisprudencia.

El problema más importante y también el más arduo que se había de resolver, el que había sido siempre uno de los mayores obstáculos para la codificación en España, era si debería regir el nuevo Código en todo el territorio de la Monarquía, ó si habían de quedar exentas de él las provincias de fueros especiales. No era ésta una cuestión científica que podía decidir la Comisión codificadora, sino una cuestión práctica y de prudencia, que sólo podía resolver el legislador con el Gobierno. Nadie ó casi nadie puso en duda la conveniencia de unificar el derecho; pero que esto no se puede hacer por la fuerza en ningún tiempo y menos tal vez en el presente, es también una verdad incontestable. Un derecho civil que está en oposición con las costumbres, difícilmente alcanza existencia real en ninguna de sus partes, porque los preceptos del derecho privado son los que más fácilmente pueden ser eludidos, cuando luchan con la opinión y los hábitos del país. Para lograr la unificación del derecho español era pues, necesario ó imponer el de Castilla, que tiene sus

raíces en nuestras antiguas colecciones legales desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación, á las provincias regidas por fueros especiales, cuyas raíces se hallan en su propia historia, ó imponer á Castilla estas varias y heterogéneas legislaciones forales; y si lo primero era imposible, lo segundo era, además de imposible, absurdo. En vista de tal conflicto era necesario optar entre dejar las cosas en el mismo estado de confusión é incertidumbre en que se hallaban, renunciando á toda codificación, ó codificar tan sólo el derecho de Castilla, abriendo, en cuanto fuera posible, el camino á la futura unificación legal, mediante la adopción de ciertas instituciones forales, que modificadas, pueden ser comunes á toda España.

No obstante estas poderosas consideraciones, todavía censuran algunos que no se haya aprovechado la ocasión del nuevo Código para unificar todo nuestro derecho, admitiendo en él algunas excepciones á favor de las provincias forales. Alegan en su apoyo ciertas manifestaciones de transacción que en el Congreso Jurídico celebrado en Zaragoza, hicieron algunos abogados de Aragón y las islas Baleares. Pero contra esta tímida opinión de aquellos distinguidos letrados, está la de la mayoría de las poblaciones, la cual se ha manifestado en favor de los fueros por todos los órganos de la publicidad. Por lo tanto, si estas excepciones tuvieran por objeto mantener los fueros en toda su integridad, no se habría realizado el propósito de unificar el derecho; y si se limitaran á conservar algunas pocas instituciones forales, habría encontrado el Código la misma resistencia que si las hubiera abolido todas. Habría sido de desear que al menos rigiera el Código como derecho su-

pletorio, en defecto de la legislación especial de cada provincia ó territorio; pero como algunos de éstos, según fuero ó costumbre, reconocían por derecho supletorio al romano y al canónico, era imposible derogar este precepto, sin faltar á la base que declaraba subsistente las legislaciones forales en toda su integridad. Todo lo más que podía hacerse y se ha hecho, es mandar aplicar las disposiciones del Código en defecto del derecho supletorio hoy establecido, y disponer que en Aragón y las islas Baleares se aplique desde luego, en cuanto no se oponga á aquellas de sus disposiciones forales ó consuetudinarias que actualmente rigen.

Alemania, en su proyecto de nuevo código, ofrece un ejemplo reciente de la imposibilidad de unificar el derecho donde existen legislaciones antiguas diversas, á que no quieren renunciar los pueblos. Allí se pretende también tener un solo código que rija en todo el Imperio, y aún se hace alarde de haberlo conseguido con dicho proyecto; pero la verdad es que tan importante novedad no ha podido realizarse por completo. Al proyecto del código acompaña un proyecto de ley, en el cual se derogan las legislaciones civiles vigentes en los diversos Estados, pero exceptuando todas aquellas de sus disposiciones, que por declaración del código ó de esta misma ley adicional, deben continuar vigentes. Según el código, se mantienen en vigor, allí donde subsisten, varias leyes sobre quince materias de derecho diversas, algunas tan importantes como la adquisición y pérdida de la personalidad jurídica de las asociaciones y fundaciones benéficas, las servidumbres legales entre predios rústicos limítrofes, dispensas de impedimentos del matrimonio, legitimi-

dad de los hijos, número de testigos necesarios para los testamentos, y otras. Según el proyecto de ley que acompaña al del Código, han de quedar subsistentes en los respectivos Estados las diversas leyes que en ellos rigen, sobre cuarenta materias del derecho civil, entre las cuales figuran los fideicomisos familiares y los feudos, la subdivisión de las heredades, la transmisión de bienes cargados con rentas vitalicias, la inalienabilidad de inmuebles por interés público, la prohibición de dividir ciertos inmuebles y de imponer gravámenes sobre ellos, el derecho de exigir hipotecas para la seguridad de ciertas obligaciones, los consejos municipales de huérfanos, la facultad de ciertas corporaciones para heredar, con preferencia sobre el Estado, á los que mueren sin testamento y sin parientes, la sucesión en las fincas que constituyen una explotación agrícola ó industrial, y otras varias materias (1). Con todas estas excepciones del derecho común se habrá tributado el debido homenaje á instituciones locales dignas de respeto; mas no puede decirse que se haya realizado la unidad de la legislación.

Pero si nuestras provincias forales han conservado su legislación especial, no por eso quedan enteramente exentas del Código, pues además de los casos y lugares en que debe éste aplicárseles, como derecho supletorio, regirá en ellas todo lo que en el título preliminar se dispone sobre la promulgación, efecto y derogación de las leyes, la validez de los actos jurídicos, la condición y capacidad de las personas y la condición

---

(1) *Breve sumario del proyecto del código civil de Alemania.* Por D. Bienvenido Oliver. Madrid, 1889. Es un opúsculo muy interesante.

de las cosas, por razón de los estatutos á que estén sujetas, así entre españoles y extranjeros, como entre españoles de provincias de derecho común y los de las aforadas. Asimismo regirán en estas provincias todas las disposiciones comprendidas en el título 4.º del libro 1.º, sobre el matrimonio, sus formas, sus efectos jurídicos, sus impedimentos, su nulidad y su suspensión por el divorcio. Si á estas disposiciones se agregan las leyes especiales que el Código declara vigentes, como la de minas, la de aguas, la hipotecaria y otras, podrá resultar que en las provincias forales, la legislación especial que subsiste sea tan sólo una excepción dentro de su propio y del común derecho.

VI

Fuera de esta base fundamental que limita la acción del Código á las provincias no aforadas, aunque extendiéndola á todas las de la Monarquía en materias y casos determinados, se han introducido en nuestro antiguo derecho algunas novedades importantes, ya sea interpretando la base 1.ª de que acabo de hacer mención, ya para cumplir lo dispuesto en las demás (1). A este último concepto corresponde las re-

(1) No es una novedad, por más que se haya censurado, entre otros, el art. 4.º que declara nulo todo acto contrario á la ley, á menos que ésta lo convalide; porque se dice no ser esto verdad habiendo actos nulos por su naturaleza, que resultan válidos por las circunstancias. Cítanse en apoyo de esta tesis los actos de los menores, que siendo nulos, se convalidan cuando resultan en su provecho, según tradición jurídica. Pero aun admitida la existencia de esta tradición, que es muy controvertible, por no tener en su apoyo más que la opinión de algunos tratadistas y ser contraria á todo principio de justicia, debe entenderse derogada, desde que el Código, ajustándose á la ley de Bases, ha decla-

lativas á las dos formas del matrimonio, las cuales han venido á resolver una gravísima cuestión, que sólo lo estaba por un Real decreto y la jurisprudencia en él fundada. Verdaderamente no fué afortunada la fórmula contenida en el art. 42, que reconoce el matrimonio canónico *que deben contraer todos los que profesen la Religión católica*, y el matrimonio civil. No resulta claramente si el deber de los católicos de casarse ante la Iglesia es puramente moral ó religioso, que el Estado no tiene obligación de hacer cumplir, pudiendo por tanto administrar el matrimonio civil á los católicos que lo soliciten, ó si el deber de éstos, á que se refieren las palabras transcritas del art. 42 citado, es también legal, y por lo tanto obliga al Estado á negarles aquella forma de matrimonio, aunque la pretendan. Mejor redactado está en el código portugués el artículo 1057, diciendo que los católicos celebrarán sus casamientos en la forma establecida por la Iglesia católica, y los que no profesen esta religión, ante el oficial del Registro civil. Pero si es esto mismo lo que quiere decir nuestro art. 42, lo menos que podría exigirse al que pretenda casarse civilmente, debería ser que al declarar las circunstancias legales requeridas para contraer este matrimonio, expresara entre ellas la de no profesar la religión católica. Esta manifestación ni siquiera podría ser considerada como una investigación previa oficial, que es lo único prohibido en el art. 1081

---

rado sin fuerza y vigor los usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que comprende. Si hay otros actos contrarios á la ley que no son, sin embargo, nulos, es porque la misma ley los convalida.

del código portugués. Si el matrimonio civil ha sido establecido para que puedan constituir familia legítima los que no profesan la religión católica, obligación suya debe ser también la de declarar que se hallan en este caso, así como lo es el manifestar que tienen los demás requisitos necesarios para contraer matrimonio.

Ni siquiera excusa la poco feliz redacción del artículo 42 la circunstancia de ser literalmente conforme con la base acordada con la Santa Sede; pues transformada ésta en artículo bien podía haberse conservado con prolija exactitud su sentido, aunque variasen su forma material y sus palabras; y seguramente no habría la Santa Sede opuesto la menor dificultad al artículo, si éste dijera lo mismo que la fórmula concordada. La razón que hubiera para no exigir á los que se quieran casar civilmente, la declaración de no ser católicos, no se me alcanza, discurriendo dentro del orden jurídico, por lo cual presumo que las que hubiese deberían hallarse fuera de este orden.

Otra omisión importante se nota en el Código sobre este asunto: la de los matrimonios contraídos por españoles en el extranjero. Respecto al canónico, nada había que decir, después de haber declarado que se rige por las leyes de la Iglesia, las cuales proveen lo que corresponde al caso. Pero nuestro matrimonio civil no se rige siempre por las mismas reglas que el extranjero. Difieren en las condiciones necesarias para celebrarlo válidamente, en el número y la extensión de los impedimentos, y sobre todo en la perpetuidad del vínculo, que excluye el divorcio admitido en otras partes. ¿Los españoles que en el extranjero hayan con-

traído un matrimonio nulo según la Iglesia ó según nuestras leyes y válido según las del país de su celebración, se tendrán por bien casados cuando regresen á España? ¿Les será aplicable el estatuto *personal* como quieren unos, ó el *formal* como otros pretenden? Cuestiones son estas que deberían haber llamado la atención del legislador, y que es lástima hayan pasado en silencio.

VII

En el derecho de familia, ó sea en las relaciones jurídicas derivadas del matrimonio, en cuanto á la persona y bienes de los cónyuges y de sus descendientes, mantiene el Código el estado legal anterior, pero introduciendo á la vez algunas novedades importantes. No lo eran ciertamente las que algún crítico pretendió hallar en la primitiva redacción del art. 29, que declaraba ser el nacimiento lo que determina la personalidad, *sin perjuicio de los casos en que la ley retrotrae á una fecha anterior los derechos del nacido.* Dos prescripciones contenía, pues, este artículo; la primera, que fija en el nacimiento y no en la concepción, el principio de la personalidad jurídica; estaba ya consignada explícitamente en la ley 13 de Toro, que no la reconocía sino al que naciera vivo todo y viviera veinticuatro horas; la segunda dejaba á salvo todas las disposiciones legales que reconocían á favor del póstumo, por excepción, los derechos devengados en su provecho, mientras se hallaba en el claustro materno. Y puesto que el Código determina en su caso y lugar, cuáles eran estos derechos, ninguna alteración se hacía en la legislación vigente.

Lo que hubiera sido una novedad peligrosa, sería haber adoptado la opinión de algunos críticos, que pretenden fijar en el momento de la concepción el principio de la persona jurídica. ¿Hay nada más oculto, más misterioso ni más difícil de señalar que este momento? El del nacimiento es, por el contrario, el único evidente y notorio, que no puede dar lugar á dudas ni cuestiones. Pero sin reconocer como justificado el escrúpulo de los que entendían que el art. 29 derogaba, según su primera redacción, el derecho entonces vigente en esta materia y que los póstumos iban á quedar privados de los beneficios que aquel derecho les otorgaba, apareció redactado de nuevo dicho artículo en la edición reformada del Código, declarando que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables. Esta nueva redacción es sin duda mejor que la anterior, aunque sin tener por eso más alcance.

Pero sí es novedad importante la de haberse anticipado la mayor edad á los veintitrés años, conforme á lo dispuesto en la ley de bases. Así nos acercamos al derecho que rige en la mayor parte de las naciones civilizadas, y más aún al derecho aragonés, que concede la mayor edad á los veinte años.

No ha sufrido grave alteración el derecho antiguo en materia de esponsales. Antes podían éstos contraerse en escritura pública, por personas mayores de edad ó por menores con el consentimiento de sus padres ó tutores, y formulados de este modo producían obligación, pero no precisamente la de casarse, sino la de indemnizar daños y perjuicios el esposo renuente al que mantuviera su compromiso y no contraer matrimonio

con persona distinta mientras que no se casara el otro contrayente. Pues fuera de esta última especie de sanción civil contra el arrepentido esposo, y el señalamiento de ciertas causas que permitían romper el contrato, según las leyes de Partida, en todo lo demás conviene el nuevo derecho con el antiguo. Ahora como antes no producen los esponsales la obligación de casarse; pero contraídos por persona hábil para hacerlo y en escritura pública, ó después de publicadas las proclamas, la que rehuse casarse sin justa causa, quedará obligada á resarcir á la otra los gastos que hubiere hecho por razón del matrimonio prometido. No tienen, pues, razón los que hayan creído ver novedades transcendentales en los arts. 43 y 44, que tratan de los esponsales, así como no tiene fundamento la crítica que ha pretendido hallar contradicción entre ambos artículos, porque en el primero se declara que los esponsales no obligan á contraer el matrimonio, y en el segundo se manda indemnizar gastos al contrayente engañado. Dícese que esta sanción podría cohibir la voluntad de quien la sufra, lo cual es contrario á la libertad del matrimonio; pero aun es más contrario á la moral y á la justicia eximir de toda obligación en provecho de la parte perjudicada, al que la perjudica, faltando á sus más solemnes y meditadas promesas.

Mayor novedad ofrece la prohibición de investigar la paternidad, tomada de los códigos extranjeros, aunque muy controvertida entre los juristas. La verdad es que si con ella se puede remediar el abuso de los hijos postizos, también se puede favorecer el de los padres desnaturalizados. Por eso no ha sido admitida esta prohibición en el código, sino con temperamentos y res-

tricciones que eviten ó disminuyan sus inconvenientes.

En cuanto á la obligación de darse alimentos recíprocos los ascendientes y descendientes y las personas unidas por otros vínculos poco menos estrechos, no se ha introducido ninguna novedad importante; pues no lo es el deber de alimentarse los hermanos en determinadas circunstancias, consignado ya en la ley 1.ª, tít. 8.º, libro 3.º del Fuero Real. Lo más nuevo en esta materia, es haber distinguido la clase y extensión de los alimentos, según las relaciones que unen al que los debe dar con el que los recibe. Entre cónyuges, ascendientes y descendientes legítimos, padres é hijos legitimados por concesión Real, padres é hijos naturales reconocidos, los alimentos comprenden todo lo necesario para la vida, incluso la instrucción, según la posición del alimentante; mas entre padres é hijos ilegítimos que no tengan la condición de naturales, y entre hermanos, los alimentos no comprenden más que *los auxilios necesarios para la subsistencia*, cualquiera que sea la posición del alimentante, comprendiéndose en ellos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio. Respecto á los hermanos, no existe la obligación sino cuando se halle el alimentista imposibilitado de procurarse la subsistencia por algún defecto físico ó moral, ó por cualquiera otro caso que no le sea imputable. Por lo tanto, no basta que sea un hermano pobre para que el acomodado tenga el deber de mantenerlo, como bastaba, según lo dispuesto en la ley antigua últimamente citada, sino que se necesita además que la pobreza sea ó haya sido inevitable por parte del que la sufre. Ni hay la incongruencia que supone un crítico entre el art. 152, que permite negar alimentos al

descendiente cuya necesidad provenga de mala conducta ó de falta de aplicación al trabajo, y el silencio que se guarda respecto al mismo caso, cuando es el hermano alimentado por el hermano el que incurre en aquella falta. Así, pues, se arguye: ¿luego el hijo disipado ó haragán perderá su derecho á ser alimentado por su padre, y el hermano conservará el suyo en el mismo caso? No, ciertamente; porque basta examinar con atención los textos para rechazar semejante consecuencia. La de alimentos es una obligación sucesiva, que se renueva en cada uno de los períodos en que deben satisfacerse. Al decir el art. 143 del Código que los hermanos no se deben alimentos, sino cuando el que los reclama no pueda proveer á su subsistencia por causas que no le sean imputables, es claro que quien los recibe por cualquiera de estas causas, ó es incapaz por la misma causa, de incurrir en los vicios á que se alude, ó si no lo es, tampoco lo será para el trabajo, y entonces cesará la obligación del alimentante, por ser imputable al alimentista la causa de su indigencia.

No es cierto, como han supuesto algunos críticos, que baste, según el art. 54, la posesión de estado de los hijos para probar la legitimidad del matrimonio. Los que esto dicen no tienen en cuenta que dicho artículo se refiere al precedente, según el cual, cuando no existan los libros del Registro ó se suscite contienda en los tribunales sobre la existencia de un matrimonio, se admitirá toda especie de pruebas. Por eso añade el artículo 54, que en estos casos, es decir, cuando no existan dichos libros, ó se suscite pleito, podrá admitirse entre otros medios de prueba, el de la posesión de estado, unida á las actas del nacimiento de los hijos en

concepto de legítimos. Así, pues, mientras que el Registro exista, no habrá más medio de prueba del matrimonio que el acta del mismo. La ley de 17 de Junio de 1870 agregaba al caso de no existir el Registro el de no poder los padres señalar el lugar de su casamiento. Mas esto no puede tener lugar sino cuando los padres no quieran hacerlo, y entonces probaría esta negativa la inexistencia del contrato, ó cuando los padres hayan fallecido y no exista otro medio de averiguar el lugar del matrimonio, cosa poco probable, y entonces será el caso igual al de no existir el Registro.

VIII

Otra de las novedades más importantes del Código es el favor concedido á los hijos naturales y á la mujer dentro y fuera del matrimonio. Sobre los hijos naturales no se ha ejercido hasta ahora la patria potestad, estuvieran ó no reconocidos, aunque muchos de los derechos que de ésta emanan, les estaban ya concedidos por las leyes antiguas, con graves limitaciones. Estas limitaciones no han desaparecido del todo, pues sería grande error igualar en absoluto los hijos naturales á los legítimos, pero se han reducido considerablemente las antiguas diferencias, sobre todo en cuanto al derecho de los naturales para heredar á sus ascendientes y hermanos. Así lo exigían la justicia y la humanidad por una parte, y la necesidad social por otra, de no favorecer las uniones ilegítimas. Pero si consideraciones poderosas exigían que se mejorase la condición de los hijos naturales, no eran menos eficaces las que aconseja-

ban depurar más el verdadero estado de tales hijos. Según la ley 11 de Toro, interpretada en el sentido que al fin prevaleció en los tribunales después de larga controversia, bastaba que el hijo hubiera sido concebido ó naciera en época en que sus padres se podrían haber casado sin dispensa, para que adquiriese el estado de natural. Mas como de aquí resultase que hijos concebidos en adulterio ó en incesto, ó nacidos cuando sus padres no podían casarse, aunque pudieran haberlo hecho en el momento incierto de engendrarlos, adquirían la calidad de naturales, con ofensa de las buenas costumbres, el Código ha enmendado aquella antigua ley, limitando al momento de la concepción la época en que han de ser libres los padres para casarse con dispensa ó sin ella.

No ha mejorado menos el Código la condición de las mujeres y sobre todo de las casadas. En esta materia duraban aún en nuestra antigua legislación reliquias de la tradición romana, que no se compadece con el estado social presente. Leyes modernas habían dado ya á la madre la patria potestad, de que siempre había carecido; pero aún subsistía la incapacidad de las mujeres para adoptar, la cual era consecuencia de estarles vedado el ejercicio de la potestad paterna. Así, desde que ésta les fué reconocida sobre sus hijos, no pudo privárseles de la facultad de ejercerla sobre extraños, mediante la adopción. A este nuevo derecho agréganse otros, entre los cuales no incluyo el de las hijas para exigir dote á sus padres, por estar ya consignado en nuestras antiguas leyes no derogadas; pero sí el beneficio que el Código concede á los futuros esposos de poder estipular libremente en las capitulaciones ma-

trimoniales, las condiciones de la sociedad conyugal respecto á los bienes, la legítima forzosa reconocida en usufructo al cónyuge viudo, y por último, el mejor lugar concedido á éste en la sucesión abintestato del cónyuge premuerto.

Pero no todas estas novedades han pasado exentas de crítica. La obligación impuesta al padre de dotar á la hija en la mitad calculada de su legítima, ha sido censurada como innovación atrevida y peligrosa, y sin embargo, basta abrir el libro de las Partidas, para leer en la 4.ª; tít. 11, leyes 8.ª y 9.ª, que D. Alfonso el Sabio, siguiendo como de costumbre la jurisprudencia romana, había incurrido ya en el atrevimiento, cuyos peligros no se habían notado hasta ahora, de imponer al padre la obligación de dotar á la hija que tenga en su poder, aunque sea rica, extendiéndola hasta el abuelo y al bisabuelo, respecto á la nieta pobre, que tengan bajo su potestad, y eximiendo expresamente á la madre de este gravamen, por no ser capaz de patria potestad. Estas leyes dejaron de tener efecto en cuanto á los abuelos, porque no ejerciendo la patria potestad, no tenían á las nietas en *su poder,* que era, según el texto legal, el fundamento de la obligación; pero en cuanto á los padres no existe disposición alguna que la derogue, por más que no hayan sido muchos los casos en que fuera pedida su aplicación. Siendo este el derecho vigente, el nuevo Código ó había de mantenerlo ó de derogarlo, declarando que los padres no estaban obligados á procurar la colocación de sus hijas con sus propios haberes. Lo primero podía hacerse sin introducir en nuestra legislación ninguna novedad peligrosa: lo segundo habría sido harto violento y contrario al

santo fin de la familia. La ley de Partida no fijaba el límite de las dotes, aunque éste resultaba, en cuanto al máximum, de otras leyes que no permitían dar á las hijas por este concepto más de lo que les correspondiera por su legítima y las que prohibían mejorarlas por vía de dote; pero el límite mínimo no estaba fijado en ninguna parte, ni aun aproximadamente. Además, nuestro Código no exime á la madre de la obligación de dotar á la hija, y sólo declara exentos de ella á los padres, cuando la hija se casa sin su consentimiento, necesitándolo, y cuando la misma hija posea bienes equivalentes á la mitad de su legítima presunta. Señálase como límite mínimo de la dote la dicha mitad; pero cuando la hija sea dueña de algunos bienes que no alcancen á cubrirla, los padres no estarán obligados más que á suplir la diferencia, y en todo caso, la dote podrá constituirse en renta ó capital, á voluntad del donante, y se habrá de pasar por la declaración del padre sobre el importe de la legítima presunta de sus hijos, sin poderse hacer ninguna investigación para determinar la cuantía de la dote. Con todos estos temperamentos y restricciones, no son de temer los conflictos que han anunciado algunos críticos, suponiendo que los tribunales van á llenarse de pleitos entre suegros avaros y yernos gastadores, ó entre padres codiciosos y novios exigentes, ni tendrán los comerciantes que presentar sus libros en los tribunales para justificar su fortuna. Quizás se hubiera debido prescindir de señalar la cuantía mínima de la dote y de la declaración de los dos parientes, cuando hubiere controversia sobre ella, pues habiéndose de pasar por lo que declare el padre, y no siendo la investigación permitida, no

era en rigor necesario lo uno ni lo otro; mas esta prohibición basta para que no sean posibles litigios escandalosos. ¿Qué hija demandará á su padre sobre la cuantía de su dote, sabiendo que la señalada es indiscutible é irrevocable por medios de justicia? Podrá el padre ser demandado para que dote á sus hijas, como podía serlo antes, según la ley de Partida; pero así como ésta no ha producido conflictos y ni siquiera muchos pleitos, no es de temer que los haya en adelante, no habiendo de ser más exigible la obligación cuyo cumplimiento pudiera ocasionarlos. Los que como partidarios de la libertad absoluta de testar, han impugnado estas disposiciones del Código, son consecuentes con sus principios; ¿pero cómo introducir con eficacia en la práctica aquella radicalísima novedad en un país acostumbrado desde siglos á las herencias forzosas? Nadie ó muy pocos se aprovecharían de esta libertad, y la nueva ley sería recibida hasta con escándalo.

También ha sido muy censurada la libertad concedida á los futuros cónyuges para estipular libremente en las capitulaciones matrimoniales, las condiciones de la sociedad conyugal respecto á bienes. Hase dicho que esta libertad ofrece el peligro de dar ocasión á estipulaciones contrarias á los fines del matrimonio, sin advertir, al parecer, que el mismo Código prohibe á los otorgantes estipular nada contrario á las leyes ó á las buenas costumbres, ó depresivo de la autoridad que respectivamente corresponde en la familia á los futuros cónyuges. Y como toda estipulación contraria á los fines del matrimonio no puede menos de serlo también á las leyes ó á las buenas costumbres, no hay

semejante peligro; pues el notario que tales condiciones vea consignadas en la minuta de las capitulaciones, tiene el deber de rechazarlas, y si llegaran á ser incluídas en la escritura, tendríanse por nulas y sin efecto. Esta libertad de contratación tiene un fin plausible, sin excluir ninguno de los sistemas conocidos en la materia. Sabido es que en las provincias forales existen diferentes formas de capitulaciones matrimoniales, basadas todas en la libertad más ó menos amplia de contratar; y los autores del Código, deseando allanar el camino á la ansiada unidad de la legislación, han hecho de derecho común lo que en este punto se acercaba al derecho foral. Así los futuros esposos en las diversas provincias, podrán estipular respecto á sus bienes matrimoniales lo que juzguen más conforme á sus intereses ó á las costumbres del lugar, sin perjuicio de que los habitantes de las provincias sujetas al derecho común, cuando nada hayan estipulado en contrario, deban considerarse casados bajo el régimen tradicional de los gananciales. No habiendo motivo para restringir en esta materia la libertad individual, dentro de lo que sea moral ó socialmente lícito, paréceme preferible este sistema al del código francés y otros, que señalan ciertos tipos, á los cuales han de ajustarse precisamente los contratos matrimoniales respecto á bienes. Las condiciones personales de los futuros cónyuges pueden y aun suelen ser tan diversas, que no es fácil sujetar los contratos que dependen de ellas, á fórmulas inflexibles, preconcebidas. Paréceme acertada la preferencia que otorga la ley al régimen de gananciales, cuando no se haya estipulado otro; pero también puede haber casos en que convenga

á los interesados modificarlo en algún punto, y no hay razón ninguna para impedírselo.

También ha dado lugar á la crítica de algunos encomiadores entusiastas de la legislación aragonesa, los límites que pone el Código al usufructo de viudedad. Este comprende en Aragón todos los bienes dejados por el cónyuge difunto, contando con la costumbre de continuar unida la familia y á cargo del cónyuge supérstite. De modo que el caudal hereditario se conserva indiviso en poder de éste, con la obligación de proveer á las necesidades de los hijos, cualesquiera que sean su edad y su estado. No siendo posible introducir hoy semejante costumbre allí donde no existe, ni por lo tanto mantener en el cónyuge sobreviviente todo el caudal del difunto, los autores del Código, que también en este punto deseaban acercarse al derecho foral, han limitado el usufructo de viudedad en cuanto era necesario para no impedir la división de los bienes relictos entre los herederos forzosos. Sería menester que el legislador pudiera dar á la familia castellana la organización tradicional que tiene la aragonesa, para extender el usufructo del cónyuge viudo á todo el caudal hereditario. Pero la ley de Castilla encerraba en este punto una grave injusticia dejando al arbitrio del cónyuge premuerto la suerte del supérstite en cuanto á los medios necesarios para su subsistencia, y á remediar este mal acude ahora el nuevo Código. Estas consideraciones bastan, en mi concepto, para responder á los que lamentan que no se haya admitido en toda su extensión la viudedad aragonesa.

IX

La organización de la tutela, aunque basada en los principios del antiguo derecho, ofrece una novedad importante con el establecimiento del consejo de familia, el del protutor y la supresión de los curadores, cuyo nombramiento se atribuía antes á los mismos menores. Es este consejo una institución verdaderamente exótica entre nosotros, que si tiene algún ligero precedente en una ley del Fuero Juzgo (ley 3.ª, tít. 3.º, libro 4.º), que llamaba á los parientes del menor á presenciar el inventario que debía hacer la madre tutora (lo cual se viene observando todavía, según dicen, en el Alto Aragón), y en otra ley del Fuero Real (ley 3.ª, tít. 7.º, libro 3.º), que da intervención á los mismos parientes en la elección de los tutores, nada de esto estaba más en las costumbres y en la práctica que la antigua ley del Digesto (ley 5.ª, § 1.º, tít. 4.º, libro 13), que mandaba al pretor consultar con los parientes más próximos del huérfano toda variación que hubiera de hacerse en lo dispuesto respecto al mismo en el testamento del padre, para la educación, habitación y alimentos del pupilo. El verdadero precedente y la única razón de haber sido admitida esta novedad en el Código está en las legislaciones extranjeras modernas, que concuerdan en adoptarla. Si se hubiera prescindido de tal institución, iniciada ya en uno de sus puntos principales, por la ley sobre el disenso paterno de 1861, y por la del matrimonio civil de 1870, habríamos sido una excepción en Europa. Si la institución llega á constituir-

se y generalizarse en los términos prescritos; si las familias de los huérfanos é incapacitados la aceptan con la debida formalidad y la practican con el celo y el interés que requiere su desempeño, producirá sin duda notables beneficios. Pero si los grandes intereses encomendados á la nueva institución caen en manos de personas mal dispuestas á su favor, desidiosas, indolentes ó de moralidad dudosa, los individuos sujetos á tutela habrán perdido el amparo que tenían en los tribunales, sin hallar protección más eficaz en sus parientes. Esperemos, sin embargo, el resultado del ensayo que empieza á hacerse y será la piedra de toque con que hemos de descubrir las ventajas ó los inconvenientes de esta novedad.

En el derecho antiguo sobre la curaduría de los locos y dementes no se ha hecho más innovación, que la de haberse de oir por los tribunales al consejo de familia y en persona, al sujeto que se pretenda incapacitar, antes de declarar su incapacidad. Pero algunos distinguidos jurisconsultos han criticado que se mantenga en el Código la suficiencia del juicio sumario para pronunciar sentencia sobre la incapacidad por razón de locura. Fúndanse en que la brevedad de este procedimiento ha dado á veces lugar á graves abusos y deplorables errores y en la incongruencia que, según dicen, resulta de que baste un juicio sumario para declarar á uno demente y sea menester un juicio ordinario para declararlo pródigo. Mas los que así opinan no toman sin duda en cuenta los graves daños que á sí mismo, á sus intereses y á los de su familia, puede causar el loco que use de su libertad en el largo período que necesariamente ha de durar este último juicio. Pue-

de entre tanto correr grave riesgo hasta su vida y la de otras personas, y por lo tanto, ningún otro procedimiento más que el sumario es adecuado para el remedio de esta urgente necesidad. Ni existe tampoco la incongruencia que se supone, entre el modo de proceder con el loco y con el pródigo, pues no tienen comparación los peligros á que está expuesto el primero durante el juicio, con los que corre el segundo abandonado á sí mismo. Y por último, si las nuevas precauciones adoptadas en el Código no bastaran en algún caso para impedir el abuso ó el error, el art. 219 abre camino para remediarlos, autorizando el juicio contradictorio, á instancia de cualquier interesado.

Nuestro antiguo derecho reconocía individualmente muchas personas jurídicas, pero no establecía respecto á ellas y á las demás que pudieran crearse, reglas comunes, á las cuales se sujetaran todas las de igual naturaleza jurídica. Para llenar este vacío hay un capítulo en nuestro Código, que sin ser tan completo como fuera de desear, contiene, sin embargo, todos los elementos esenciales de la materia. El señalamiento de las diferentes clases de personas jurídicas, las leyes ú ordenanzas por las cuales han de regirse, su capacidad para adquirir y poseer bienes de toda especie, así como para obligarse civilmente y ejercitar acciones en justicia, el destino que deberá darse á los bienes de las corporaciones, asociaciones y fundaciones cuando dejen de existir por cualquiera causa legítima, son los puntos principales que debían resolverse y se resuelven en este capítulo, aunque sin señalar todas las consecuencias que emanan de tales principios. Pero lo que no falta es precisamente lo que ha echado de menos algún

crítico, suponiendo que se ha omitido establecer las reglas por que han de regirse las asociaciones y fundaciones de utilidad pública, cuando los que las crean no las señalan. Sabido es que los institutos de pública utilidad no pueden fundarse sin que el Gobierno los autorice y apruebe sus reglamentos. Siendo éstos necesarios y habiendo de ser examinados por la autoridad superior, á ésta toca procurar que se consignen en ellos las reglas que han de regirlos. No sucede lo mismo en las asociaciones de interés privado; porque si sus fundadores omitieran establecer algo de lo que necesiten para su régimen, como se constituyen por contrato, en las disposiciones relativas al de sociedad se hallará la solución de las dudas y dificultades que su administración ofrezca.

X

El libro 2.º del Código, que lleva por epígrafe «De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones», ofrece pocas novedades. Legíslase en él tan sólo sobre aquellos derechos que, según la teoría del código portugués, pueden adquirirse por actos de la misma persona adquirente y sin el consentimiento ni la intervención de otra alguna. Para su redacción han tenido que ajustarse los autores del Código á la ley de bases, según la cual, debían mantenerse el concepto de la propiedad, la división de las cosas y el principio de la accesión y de la copropiedad, con arreglo á los fundamentos capitales del derecho patrio. Además habían de mantenerse las leyes especiales de aguas, minas y pro-

piedad literaria y artística, juntamente con la hipotecaria. Esto basta para explicar por qué no se podían tomar en cuenta las nuevas teorías sobre la propiedad, que algún crítico ha echado de menos. Pero aunque la base 10.ª no existiera, no habrían hecho mal los autores del Código en proceder como lo han hecho, pues no hay innovaciones en derecho tan aventuradas y quizás tan peligrosas, como las que á la propiedad se refieren. Si las nuevas teorías á que esa crítica alude, son las que permiten disponer de la propiedad territorial, subdividirla, gravarla y hacerla circular como la moneda y con tanta facilidad y rapidez como los billetes de Banco, digo que ni la opinión ni las costumbres están preparadas en España para admitir novedades tan radicales. Y si algo pudiera innovarse en esta materia, no es en el Código donde debería hacerse, sino en la ley Hipotecaria, que ha de quedar vigente.

Así, pues, lo que se ha hecho en el libro 2.º del nuevo Código, es suplir algunas omisiones que respecto á ciertas propiedades se notaban en el derecho patrio. Esto se observa en la copropiedad, cuya teoría no aparece desarrollada en las antiguas leyes y ahora lo ha sido en el Código con mucha oportunidad y acierto.

Tampoco puedo considerar como novedad en la práctica, aunque ha sido censurada por la crítica, la disposición del art. 464 que exime á los Montes de Piedad de la obligación de restituir las cosas empeñadas, mal adquiridas por el que las haya dado en prenda, sin recibir la cantidad prestada sobre ellas. Mas esto no constituye, como se ha dicho, un privilegio odioso. La seguridad del dominio sobre las cosas muebles exige garantías más eficaces y más fáciles de obtener que las

de la propiedad inmueble. El hecho de la posesión es por sí mismo un título cuando concurren las circunstancias expresadas en dicho art. 464. El poseedor de buena fe de una cosa mueble perdida ó sustraída, si la hubiese adquirido en venta pública, tiene á su favor todas las presunciones posibles de ser su dueño; y por lo tanto, no está obligado á devolverla al que la perdiera por sustracción ó acaso, sin ser reembolsado del precio dado por ella. Esta sí es una novedad en nuestro derecho, donde prevalecía la regla *res suo domino clamat*, sin limitación alguna. Pero en su lugar domina hoy el principio que para facilitar la transmisión y asegurar la propiedad de las cosas muebles, atribuye á la posesión de ellas adquirida con ciertas solemnidades y requisitos, los efectos de la propiedad legítima. Y admitido este principio, no sé cómo puede impugnarse su aplicación á las cosas empeñadas en los Montes de Piedad, de cuya buena fe en sus operaciones no puede dudarse más que de la de los particulares que compran muebles en subasta pública ó títulos de la Deuda en Bolsa y con intervención de agente. Este favor concedido á los Montes tenía ya cierto precedente en la ley de 29 de Junio de 1880 y en la Real orden de 26 de Marzo de 1884, que les autorizaron para conservar en su poder y á disposición de los tribunales, los efectos robados y empeñados, sin poderlos enajenar ni devolver, aunque se cumpla el término del empeño, y sin perjuicio de que por quien resuelvan los mismos tribunales sentenciadores, se abone al Monte el capital del préstamo, con sus intereses. Como este establecimiento no puede, según sus Estatutos, investigar la procedencia de los efectos que recibe en garantía de sus présta-

mos, ni aunque le fuera esto permitido, podría verificarlo, sin dejar de cumplir los fines piadosos de su instituto, era ya práctica casi constante la de no devolver tales efectos, cuando resultaban sustraídos, sin el previo pago del capital prestado por el que los reclamaba como dueño. Así, aunque sin ley expresa que lo determinase, era tan indispensable para la existencia de los Montes este llamado privilegio, como que sin él podría depender su suerte de que dos personas se confabulasen, la una para empeñar efectos y la otra para reivindicarlos como dueño.

XI

El libro 3.º del Código trata, principalmente, de los derechos que según la enunciada teoría del portugués, se adquieren por la voluntad de quien los comunica y sin el concurso del adquirente. No pertenece á esta clase de derechos la ocupación, ni se hallaría en este libro, y sí en el 2.º, si nuestro Código hubiera seguido en este punto al de Portugal. Sobre la colocación de las donaciones en este libro 3.º, que trata de los modos de adquirir, dije ya bastante anteriormente; pero todo el sistema de sucesiones entra de lleno en la clase de derechos adquiridos por la voluntad de quien los transmite y sin el concurso del adquirente.

Hay en este libro varias novedades, algunas de las cuales han sido muy controvertidas por la crítica. Tal es, entre otras, la del testamento ológrafo, que siendo una novedad importante, no deja de tener ciertos precedentes. En nuestro derecho tradicional estaban reco-

nocidas las memorias testamentarias, en las cuales podía hacerse todo lo que en los testamentos, menos instituir herederos. Ahora desaparece este modo de testar por haber faltado los motivos que lo justificaban, pero sustituyéndole el testamento ológrafo, semejante al que autorizan las legislaciones de Europa. Esta novedad ha sido también criticada, ya porque con ella puede darse lugar á muchas falsificaciones, ya por no considerar bastante garantizada con las condiciones que exige el Código, la autenticidad de tales testamentos. Diré en cuanto á lo primero, que, en efecto, el testamento abierto es tal vez más difícil de falsificar; ¿pero no ofrecen los tribunales ejemplos numerosos de falsificaciones cometidas en estos testamentos? ¿Y ha pensado nadie por eso en suprimirlos? Tampoco es posible rodear el testamento ológrafo de tales formalidades y requisitos, que para ser eficaces, vengan á frustrar el objeto de la institución. Con ella se propone el legislador establecer un medio de testar tan secreto, que nadie llegue á saber durante la vida del testador, no sólo cuál sea su última voluntad, sino si existe un documento en que ésta se halle consignada. La experiencia justifica la necesidad á veces de esta precaución; pues no revelo un secreto con decir que algunas personas, por circunstancias especiales de familia ó de relaciones particulares, no se creen con libertad bastante para testar, si entienden que determinados individuos pueden llegar á saber que lo verifican. También era conveniente el testamento ológrafo, á fin de que los muchos extranjeros que frecuentan hoy nuestro país, encuentren todas las facilidades necesarias para dejar consignada su última voluntad.

De menos importancia son otras novedades introducidas también en esta materia, como haberse alzado la prohibición de testar que pesaba sobre los pródigos y los sordomudos, borrar la diferencia entre los varones y las mujeres respecto á la edad necesaria para hacer testamento, fijando la de estas últimas en los catorce años, suprimir los codicilos que no tenían ya razón de ser, los testamentos mancomunados y los que se hacían por comisario y las memorias testamentarias, que tampoco tenían objeto, admitido el testamento ológrafo, y prohibir, en fin, por peligrosas, las cláusulas llamadas *ad cautelam*.

En la primera edición del Código habían aparecido entre las personas incapaces de testar y de heredar, los religiosos profesos, resolviéndose en este sentido las dudas que se habían originado respecto á la subsistencia del derecho que sobre esta materia establecían nuestras antiguas leyes, modificadas diferentes veces por las modernas y por la fuerza de los sucesos. Contra las leyes del Fuero Real, que negaban á los religiosos la facultad de hacer testamento y la de heredar, estaba el precepto canónico que limita los efectos del voto de pobreza de los religiosos á la incapacidad para poseer individualmente bienes propios, pero que permite adquirirlos, siempre que sea para transmitirlos á sus respectivos monasterios. Y como la legislación canónica rige en España, según declaración expresa del Concordato de 1851, no se podían mantener con justicia ni con utilidad pública las dos incapacidades citadas de los religiosos profesos. Así lo han reconocido los autores del Código, suprimiéndolas en la edición reformada del mismo. Así también han desaparecido las

dudas á que daba lugar el estado confuso del derecho antes vigente sobre esta materia.

La reducción de las legítimas de los hijos ha sido concesión otorgada á los que pretenden la libertad de testar absoluta ó muy poco limitada, así como á las provincias forales, á fin de que encontrando menos desemejante al suyo el nuevo derecho, hallen en su día mayor facilidad para adoptarlo. Reducida la legítima de los hijos de los cuatro quintos á los dos tercios del caudal hereditario, nos acercamos á Aragón, donde existe la libertad de testar, dado que allí cumplen los padres con dejar á sus hijos por legítima los 5 ó los 10 sueldos jaqueses: nos aproximamos también á Cataluña, donde la legítima de los hijos consiste en la cuarta parte de la herencia paterna, y por último, á Navarra, donde todos los padres, menos los labriegos, pueden disponer libremente de sus bienes, siempre que quede á salvo la legítima de los hijos, consistente en una robada de tierra en los montes comunes y cinco sueldos febles. No es este el momento de discutir la tan controvertida cuestión de la libertad de testar, que si tiene ventajas que la abonan, abunda también en inconvenientes que la excluyen. Por eso los autores del Código han adoptado un término medio que amplía bastante la facultad de testar de los padres, sin abandonar á su capricho la suerte futura de sus hijos. Si por una parte ha menguado la porción legítima de éstos, también por otra, los que más merezcan ó más necesiten el favor de sus padres, pueden resultar mejor librados que por la legislación anterior. Nuestros antiguos legisladores habían reconocido la necesidad de facultar á los padres para distribuir designadamen-

te su herencia entre sus hijos, y de aquí las mejoras de tercio y quinto, que podían casi equivaler á la mitad del haber hereditario. Ahora se ha ampliado esta facultad de los padres, hasta el punto de poder éstos dejar á uno de sus hijos, además de su participación en el tercio legitimario, todo el tercio destinado á mejoras, y el otro tercio libre.

Ya he hecho notar otras novedades del Código en materia de herencias, como la legítima en usufructo del cónyuge viudo, que debe consistir en una porción igual á la legítima de cada hijo, si quedaren dos ó más; en el tercio del haber hereditario, destinado á mejoras, si quedare un hijo solo; en la tercera parte de la herencia, si no hubiere hijos, pero sí ascendientes, y en la mitad de toda la herencia cuando no queden descendientes ni ascendientes. Tal es el derecho que ha venido á sustituir al consignado en la ley 7.ª, tít. 13 de la Partida 6.ª, según la cual, la viuda que carecía de bienes propios suficientes para su subsistencia, sólo tenía derecho á percibir la cuarta parte de los que dejara el marido difunto con testamento ó abintestado, con hijos y sin ellos.

También he hecho notar la mayor participación concedida á los hijos naturales en la herencia paterna. Nuestras antiguas leyes reconocían á estos hijos y, en su defecto, á los espúrios que no fueran de dañado y punible ayuntamiento, la calidad de herederos forzosos de sus madres, á falta de hijos legítimos. Solamente los hijos naturales, y no los demás ilegítimos, tenían algún derecho á la herencia de sus padres, reducido á la sexta parte de ella, cuando la sucesión era intestada y faltaban hijos legítimos. Podían, sin embargo, los padres,

según la ley 10 de Toro, mandar todo lo que quisieran de sus bienes á sus hijos naturales, aunque tuvieran ascendientes; pero también podían preterirlos en absoluto, y sólo cuando morían sin testamento y sin hijos legítimos, tenían los naturales la participación forzosa antes dicha. Hoy tienen derecho estos hijos, después de reconocidos, así como los legitimados por concesión Real, cuando concurran con legítimos, á una cuota igual á la mitad de la que corresponda por legítima á cada uno de éstos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición del padre; á la mitad de este tercio, cuando no habiendo descendientes, concurran con ascendientes legítimos; y á la tercera parte de toda la herencia, á falta de descendientes y ascendientes legítimos. Los hijos ilegítimos no naturales sólo tienen derecho á recibir alimentos de la herencia de sus padres durante la menor edad, y en el caso de estar incapacitados, mientras que no desaparezca la incapacidad. A los hijos adoptivos no se reconoce el derecho que antes tenían de heredar fuera de testamento, á sus padres adoptantes, aunque sí el derecho de ser alimentados por ellos.

Inspirándose los autores del Código en el propósito de ampliar la libertad de los testadores en cuanto á la disposición de sus bienes, así como han reducido de los cuatro quintos á los dos tercios la legítima de los hijos, han rebajado la de los padres de los dos tercios á la mitad del haber hereditario. También se ha introducido en este punto una novedad favorable al derecho de troncalidad establecido en algunos fueros especiales. Aludo á la obligación impuesta al ascendiente de reservar los bienes heredados de su descendiente,

adquiridos por éste á título lucrativo y ministerio de la ley, de otro ascendiente ó de un hermano, á fin de que sean transmitidos á los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes procedan. También se ha concedido á los ascendientes el derecho de suceder en las cosas dadas por ellos á sus hijos muertos sin posteridad. Hanse criticado estas disposiciones como contrarias al espíritu moderno, que lejos de favorecer el estancamiento de los inmuebles en las familias que los poseen, tiende á acelerar su circulación y movimiento; aunque sea subdividiéndolos y desmenuzándolos. Sin desconocer esta tendencia de la sociedad moderna, no discutiré sus ventajas y sus inconvenientes, porque envuelve cuestiones tan graves y tan diversas, que me faltaría espacio aun para exponerlas. Todas estas reglas establecidas para la sucesión de los hijos naturales, son aplicables á la sucesión de sus padres por vía de reciprocidad en los casos análogos.

En la sucesión intestada se ha introducido también alguna novedad como consecuencia, en parte, de lo dispuesto sobre las legítimas y el derecho á suceder forzosamente concedido al cónyuge viudo y á los descendientes naturales de que acabo de hacer mención. Ahora como antes, los hijos naturales reconocidos y los legitimados por concesión Real heredarán á sus padres *abintestato*, á falta de hijos y ascendientes legítimos; pero no en la sexta parte, sino en todo el caudal hereditario, antes que los parientes colaterales dentro del cuarto grado, que por la legislación anterior eran preferidos; y si concurrieren con hijos ó ascendientes legítimos del finado, heredarán, en el primer caso, la mitad

de lo que á cada uno de éstos corresponda por legítima, y en el segundo caso, la mitad del tercio de libre disposición. A falta de herederos legítimos en la línea directa no se ha llevado la sucesión, como antes se llevaba, al décimo grado de la colateral, sin razón que lo justificase, sino hasta el sexto grado solamente y dando preferencia al cónyuge viudo, después de los hermanos y de los sobrinos carnales, sobre los demás parientes, para suceder en toda la herencia, sacándole del lugar que tenían antes señalado, después de los parientes dentro del cuarto grado y de los hijos naturales y sus descendientes.

A falta de parientes dentro del sexto grado no sucederá el Estado, considerando los bienes hereditarios como mostrencos, por más que el Código invoque su nombre, sino los establecimientos de beneficencia ó instrucción gratuíta, entre los cuales deberá distribuirse la herencia. El Estado sólo será el ejecutor de esta distribución.

No señalaré otras novedades menos importantes en nuestro derecho de sucesiones, por no extender demasiado esta larga introducción; pero sí indicaré una sola de mucha utilidad práctica. Sucedía á veces que un individuo cargado de deudas y sin recursos para pagarlas, era instituído heredero de un caudal, que por no ser superior al importe de sus obligaciones, no había de poder utilizarlo más que en pagar á sus acreedores; y para ahorrarse esta molestia, renunciaba á la herencia, dejando burlados á los que esperaban cobrar con ella sus créditos. Ni existía medio alguno legal de evitar este fraude, por cuanto no había derecho en nadie para obligar á la aceptación de la herencia, á quien

determinaba renunciarla. Algunos códigos extranjeros habían ya previsto el caso, poniéndole remedio; y siguiendo el nuestro su ejemplo autoriza á los acreedores de tales herederos para aceptar por sí mismos la herencia renunciada, en cuanto baste para cubrir sus créditos.

XII

Poco tengo que decir del libro cuarto del Código, porque además de ser en el que menos novedades se han introducido en la legislación anterior, ha sido también el que más á salvo ha estado de la crítica. Compónese de dos partes: una que trata de las obligaciones en general, en un solo título, dividido en cinco capítulos, y otra que contiene toda la legislación de contratos, distribuída en 17 capítulos. Se ha extrañado, y no sin motivo, que figure entre éstos el de la prescripción, la cual no teniendo relación alguna con los contratos, se halla aquí fuera de su lugar, cuando tiene el suyo marcado entre los modos de adquirir del libro tercero. Este error procede de haber seguido el ejemplo del código francés, que también coloca la prescripción después de los contratos. Pero no se debe olvidar que este Código se divide sólo en tres libros, y que el tercero, en que el capítulo de la prescripción se halla, comprende tanto los modos de adquirir como las obligaciones y los contratos, y por lo tanto, no puede decirse que se halle aquélla fuera de su sitio, siendo uno de los modos de adquirir. Pero desde el momento en que se han separado los dichos modos de los contratos,

ya no hay razón alguna que justifique poner la prescripción entre estos últimos.

Una de las pocas novedades que contiene este libro cuarto es de grande utilidad, para poner término á dudas ocurridas en el foro, que suelen dar ocasión á la arbitrariedad de los tribunales. Aludo á aquellas disposiciones que permiten exigir el cumplimiento de obligaciones á plazo no vencidas, si el deudor cae en insolvencia, ó no otorga al acreedor las garantías ofrecidas, ó cuando por su voluntad ó por caso fortuíto, desaparecen ó se disminuyen las ya otorgadas. Fúndase esta disposición, en que el plazo es un beneficio concedido al deudor, en consideración á la seguridad que el estado de su fortuna ó la de su garantía ofrece, de que no dejará de cumplirse lo estipulado. Desde el momento en que esta seguridad desaparece, cesa el motivo que era condición esencial del plazo. Así se evitará que deudores de mala fe cometan el fraude de enajenar ó simular que enajenan sus bienes, para burlar á sus acreedores.

Es otra novedad muy justificada la supresión del llamado contrato *literal*, de procedencia genuína romana; pero que admitido en el código del Rey Sabio, no se hallaba fuera de todo uso en los Tribunales. Según él, no bastaba que el acreedor tuviera en su poder un contrato escrito y firmado por su deudor, haciendo constar la entrega de una cantidad de dinero prestada ó por cualquiera otro título debida para estar seguro de su derecho; pues si dentro de dos años, contados desde la fecha del documento, alegaba el deudor la excepción que los romanos llamaban de *non numerata pecunia,* tenía el acreedor que probar la obligación por

otros medios, y si no lo lograba, quedaba privado de toda acción para reclamar su derecho. Casos hay, sin duda, en que por coacción moral ú otras circunstancias, se firman recibos de sumas no percibidas; pero si esto es lamentable á los ojos de la moral y de la justicia, más contraria es á una y á otra y no se presta á menores abusos la facultad concedida á los deudores por contrato literal, para utilizar la excepción referida, dejando burlado al acreedor, que tal vez no tenga otro medio de probar su derecho, más que el contrato escrito.

Otra omisión no menos justificada se nota en las disposiciones concernientes á la rescisión de los contratos. Entre las causas que podían dar lugar á ella, contábase la lesión enorme, equivalente á la mitad del valor de lo contratado. Opuesta á la ley económica que regula los precios de las cosas y también á la fe debida á los contratos, esta causa de rescisión no había sido nunca reconocida por la legislación aragonesa; la ley Hipotecaria la había suprimido, cuando pudiera perjudicar á tercero, en la enajenación ó gravamen de los bienes inmuebles, y el Código de Comercio la había excluído también de los contratos mercantiles. Pero aun continuaban sujetas á esta causa de rescisión las obligaciones de carácter civil, cuando no cediese en perjuicio de tercero, y esto es lo que ha venido á reformar el artículo 1293 del Código. El valor intrínseco de los bienes y su valor en cambio son cosas muy diferentes. El primero representa la suma de capital y de trabajo empleado en producirla; el segundo depende, como es sabido, de la ley de la oferta y la demanda. De confundir estos dos valores diferentes, nació la rescisión por

lesión enorme ó enormísima. El que vende busca, como es natural, el valor intrínseco; pero no encuentra sino el del mercado. Si este valor es inferior al otro y sin embargo vende, será señal de que le ha convenido más aceptar el precio ofrecido, que conservar en su poder la mercancía. No hay, pues, razón para rescindir el contrato, porque cambiando las circunstancias del mercado, las del vendedor ó las del comprador, se permita á éstos deshacer sus contratos. Dos excepciones tan sólo admite el Código de esta doctrina, fundadas en la desconfianza que suelen inspirar los que contratan sobre cosas ajenas, ó sin las necesarias formalidades. Así se admite la rescisión por lesión en la cuarta parte del precio, respecto á los contratos que puedan celebrar los tutores sin la intervención del consejo de familia y á los que se celebren en representación de personas ausentes.

También aparece suprimido, con razón, en el Código el antiguo retracto gentilicio, destinado á mantener los bienes en las familias que los poseían, y contrario, por tanto, á la tendencia moderna, favorable á la libre circulación de la propiedad. Pero en lugar de este retracto se ha establecido otro á favor de los dueños de las tierras colindantes con las de muy corta extensión, puestas en venta. Sobre esta novedad han reñido grandes batallas los partidarios del grande y los del pequeño cultivo. Como en España tenemos ejemplos, según las provincias, de propiedades de todas dimensiones, es fácil conocer que la muy subdividida, sobre todo en tierras de secano, es origen de pobreza y miseria, y la muy acumulada disminuye la producción y engendra el proletarismo. El nuevo retracto no

tiene más objeto que procurar se detenga, si es posible, el movimiento de subdivisión y pulverización de la propiedad territorial en algunas regiones de la Península. Para ello se había establecido primero el derecho de retraer por los colindantes las propiedades de extensión de dos hectáreas. Mas esta cabida fué impugnada por los que temían más la acumulación que la subdivisión excesiva de la propiedad, y en su consecuencia se redujo á una hectárea la cabida de las tierras sujetas al retracto, con tal de que no estuvieran separadas de las asurcanas por arroyos, acequias, barrancos, caminos ú otras servidumbres aparentes. De todos modos, juzgo de escasa importancia este retracto, por haberse de hacer tan poco uso de él, que apenas se notará su influjo en la distribución de la propiedad, como no sea después de algunos siglos. Donde por tradición, costumbre ó naturaleza del suelo, la riqueza territorial se halle acumulada, así continuará; y donde por las mismas causas aparece subdividida, así se seguirá también, porque no serán muchos los pequeños propietarios que se quieran desprender de sus tierras.

En el contrato de arrendamiento no se ha introducido novedad alguna de grave transcendencia, y esto ha dado lugar á un crítico para echar de menos ciertas limitaciones al derecho de los dueños de casas para despedir á sus inquilinos ó subir los alquileres. No se dice cuáles sean ó puedan ser estas limitaciones; pero lo cierto es que no se concibe ninguna que deje á salvo los derechos de propiedad. Los tenderos no tienen más derecho que los demás vecinos, á no ser perjudicados por el desahucio; pues si las tiendas, siendo muchas en un sitio, pueden avalorarlo, el sitio á su vez es el que

primero y más eficazmente avalora las tiendas. Ni creo que haya sido omisión involuntaria la de no reconocer derecho á los tenderos para ser indemnizados de los perjuicios que sufren, cuando expropiadas y derribadas sus casas, tienen que trasladar sus comercios. Para aceptar esta novedad sería preciso reconocer derechos de dominio en los que pagan por sus tiendas alquileres convenidos, en virtud de contratos temporales, porque la indemnización no se concede sino por expropiación, y el comerciante obligado á abandonar su casa alquilada, por desaparición de ésta, no es expropiado de ningún derecho. Si no habría podido impedir el desahucio cuando el propietario lo exigiese, ¿cómo ha de reconocérsele derecho á indemnización, cuando tiene que ser desahuciado por expropiación forzosa del mismo propietario? Hay, si se quiere, gran conveniencia para el tendero, en no abandonar el sitio en que está acreditado; su traslación puede ocasionarle perjuicios, pero entre tanto no aparece ningún derecho violado, puesto que el inquilino temporal no lo tiene á perpetuarse en la posesión de su morada, ni á mantenerse en ella por tiempo indefinido, y cuando la alquiló no podía ignorar que estaba expuesto á tales eventualidades. Sé bien que á pesar de estas consideraciones jurídicas se han concedido indemnizaciones de esta especie muy cuantiosas; pero por otros motivos principalmente políticos, que no se pueden tomar en cuenta cuando se redactan los códigos.

Solamente podría reconocerse en los inquilinos algún derecho á ser indemnizados de los perjuicios que sufran por expropiación de las casas que habiten, cuando las tengan en arrendamiento por término no venci-

do. Habría en este caso un verdadero derecho tan respetable como el del propietario desposeído, puesto que los de ambos se fundarían en títulos igualmente legítimos.

Las únicas novedades introducidas en la legislacióu anterior sobre el contrato de arrendamiento se refieren á la facultad de subarrendar y al contrato con los criados del servicio doméstico. Antes el arrendatario no podía subarrendar sin permiso expreso del arrendador; hoy puede hacerlo, á menos que éste se lo haya prohibido. Antes la ley no ponía obstáculo alguno al amo para despedir á su criado, ni al criado para despedirse de su amo; pero se dudaba si debía suceder lo mismo cuando el contrato había sido otorgado por tiempo definido y la despedida se verificaba antes de su vencimiento. El Código mantiene la libertad de romper este género de contratos por una y otra parte; pero si el otorgado lo fuese por plazo fijo, no determinado, y el amo despidiese al criado sin justa causa, deberá indemnizarle, abonándole, además del tiempo servido, quince días más de salario. Pero si hubiere controversia sobre el tanto de éste ó el pago del devengado en el año corriente, deberá ser creído el amo. Esto mismo disponen varios códigos extranjeros, con la diferencia de exigirse en ellos que el amo haga esta declaración bajo juramento.

Hase criticado, no sin algún motivo, que hablando tantas veces el Código del interés legal, se haya omitido señalarlo; porque si bien es cierto que la ley de 14 de Marzo de 1856 determinó el modo de hacerlo, se cree que ésta ha sido derogada por el art. 1976 del Código. ¿Cuál será, pues, el interés legal, cuando deba

abonarse, en defecto de convenio que lo señale, ó por otra causa legítima? Si la ley de 1856 no se considerara derogada, sino en lo que esté en oposición con el Código, la cuestión estaría resuelta; pues el interés legal sería el 6 por 100 del capital, no habiendo señalado otro el Gobierno, como habría podido hacerlo. A esta solución daría cierto apoyo el artículo últimamente citado del Código, cuyas palabras textuales son: «Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres, que constituyen el derecho civil común, en todas las materias que son objeto de este Código... Esta disposición no es aplicable á las leyes que en este Código se declaran subsistentes». Ahora bien; la ley de 1856 no está comprendida en ningún cuerpo legal, ni puede ser calificada de uso ó costsmbre, y en este concepto parece que no está comprendida en la derogación. Mas por otra parte, todas las disposiciones que contiene son de carácter esencialmente civil, como que se refieren á la tasa del interés del dinero en los préstamos. Además, el mismo artículo 1976 exime expresamente de la derogación ciertas leyes á que alude. Si hubiera sido la intención del legislador que continuaran vigentes las leyes sueltas de naturaleza civil, no comprendidas en los cuerpos legales, además de las leyes especiales que refiere, ¿cómo habría omitido hacer mención de ellas? La única solución que para tales dificultades se me ocurre, es que el interés legal continúa siendo el que se hallaba establecido al promulgarse el Código, ya que éste no ha señalado otro. Podrá estar derogada la ley de 1856, y sin embargo continuar vigente lo hecho por el Gobierno, en su cumplimiento, cuando se promulgó, que fué señalar por primera vez el

interés legal, aunque ya derogada la ley, no pueda variarlo. Pero de todos modos es indispensable, ó declarar vigente la referida ley, ó llenar de otro modo el vacío que ha dejado en esta materia el art. 1976.

Sobre el contrato de fianza no hace el Código novedad alguna, fuera de la que envuelve el derecho atribuído al acreedor, que tiene á su favor aquella garantía, para exigir otro fiador, si el aceptado se hiciere insolvente, salvo si hubiere sido señalado por el mismo acreedor. Algún crítico ha notado también el silencio del Código sobre la fianza del marido por la mujer, expresamente prohibida por la ley 61 de Toro; deduciendo de ello que debe considerarse removida la prohibición. Pero no lo entiendo yo así. Una de las primeras condiciones que ha de tener el fiador, según el artículo 1828, es capacidad para obligarse; y como la mujer casada carece de ella, á no ser que se la dé el marido, no se concibe cómo pueda salir fiadora sin licencia de éste, ni que tenga valor alguno la que el marido le dé para su propio beneficio.

No son nuevas en el fondo las disposiciones de carácter civil, que regulan los contratos aleatorios. Son éstos el de seguro, el de renta vitalicia, el juego y la apuesta. El primero es mercantil cuando el asegurador es comerciante, ó el contrato se hace á prima fija, satisfaciendo el asegurado una cuota única ó constante, como precio del seguro, y se rige entonces por el Código de Comercio, que trata extensamente esta materia. Sólo, pues, cuando el asegurador no es comerciante y el contrato no es á prima fija, cae bajo la jurisdicción del Código civil. En este concepto, el contrato de seguro carece de antecedentes en nuestra legislación, por

no haberse aplicado ordinariamente sino á los riesgos de mar y haber sido considerado siempre como un contrato esencialmente mercantil. Pero como tampoco puede privarse de la facultad de estipularlo á quien no sea comerciante y sin prima fija, el Código civil establece las reglas á que debe sujetarse, tomadas en su mayor parte del Código de Comercio. Hállase en este caso el seguro mutuo entre propietarios, en que no se paga cuota fija, sino la que corresponda, cada vez que sea necesario indemnizar el siniestro ocurrido en alguno de los bienes asegurados.

El contrato de renta vitalicia tiene en nuestra antigua legislación y en la costumbre muchos precedentes. Podía esta renta constituirse en todas las formas conocidas, pero estaba tasado por la ley el número de vidas de su duración y la cuota de sus pensiones. Felipe II prohibió constituirla por más de una vida, ni á más precio que 14.000 al millar. Felipe III volvió á permitir esta renta por dos vidas, fijando su pensión en el 10 por 100 y en el 8 $^{1}/_{3}$ por 100, cuando se constituyeran por una vida sola. Por último, hasta se constituyó por el Estado en tiempo de Carlos III, un fondo para pagar las rentas vitalicias de los que quisieran constituirlas por una sola vida, mediante la entrega al Tesoro público del capital correspondiente, que devengaría en todo caso 9 por 100 al año. Pero tanto la duración del contrato como la tasa de las pensiones, habían desaparecido de la práctica, y sólo quedaba la facultad de constituir vitalicios, sin más restricciones que las que recíprocamente establecieran los contratantes. El Código, respetando este estado de derecho, ha resuelto las cuestiones que surgían en casos no pre-

vistos en los contratos, adoptando disposiciones tan justas como previsoras.

Tampoco es nuevo lo que acerca de las obligaciones civiles nacidas del juego y de la apuesta, dispone el Código. La prohibición de los juegos de suerte y azar y la declaración de no ser reclamables en juicio las deudas contraídas en ellos, estaban ya consignadas en la Pragmática de 6 de Octubre de 1771, expedida por Carlos III, con la diferencia de que, según ésta, el que pagara voluntariamente dichas deudas y el que en juegos lícitos perdiera mayor suma que la tasada de los 30 ducados, podía reclamar, en el plazo de ocho días, la devolución de todo lo indebidamente pagado. Ahora no serán reclamables en justicia las deudas de juego; pero una vez satisfechas, no podrá ser exigida su devolución. Esta misma disposición es aplicable á las apuestas, las cuales no están prohibidas como ciertos juegos; pero si antes eran reclamables las sumas ganadas en ellas, según la doctrina de los jurisconsultos, siempre que no mediaran en juegos, que eran las únicas prohibidas por ley, ahora no habrá ya acción para demandarlas en ningún caso. Todas las demás disposiciones que contiene la Pragmática de Carlos III prohibiendo jugar alhajas y bienes que no sean dinero, ó al fiado y sobre palabra, y las que señalan las penas de los jugadores, deben entenderse derogadas.

La doctrina consignada en el Código sobre la prescripción es también la tradicional en nuestro derecho; pero los cambios realizados en la vida social y en los medios de comunicación entre los pueblos exigía alguna modificación en los términos que señaló el Rey Sabio, para prescribir el dominio de las cosas, con buena

fe y justo título. Se ha mantenido la posesión de los diez años entre presentes y los veinte entre ausentes; pero hoy, con la facilidad, rapidez y frecuencia de las comunicaciones, no podemos considerar como presentes tan sólo aquellos que residen en la provincia ó tierra en que se hallen los bienes inmuebles prescriptibles, pues basta al propietario habitar en parte más lejana, dentro de España, para poder enterarse del estado de su hacienda con más facilidad y prontitud que podía hacerlo en el siglo XIII, el que vivía en la misma provincia donde se encontraba aquélla. Por eso no considera el Código como ausentes, para los efectos de la prescripción, más que á los residentes en el extranjero ó en Ultramar; lo cual equivale á una reducción importante del tiempo de posesión necesario para adquirir bienes raíces por este título. En los otros términos no se ha hecho novedad, porque el de tres años para los bienes muebles no es largo, y el de treinta para los inmuebles, cuando faltan el título y la buena fe no consta; puede ser discutible á los ojos de la justicia. Por la misma razón que se ha abreviado el término de la prescripción ordinaria, con buena fe y justo título, se ha hecho caso omiso de la extraordinaria, que exigía posesión de cuarenta años y se hallaba establecida á favor de la Iglesia y de los Concejos por sus bienes propios. Los términos para la prescripción de las acciones se han mantenido en general; pero reduciendo á quince años los veinte señalados antes para las personales y concediendo términos de cinco, tres y un año á ciertas acciones especiales, que fueron casi siempre objeto de prescripción excepcional.

Tales son las principales novedades introducidas por

el Código en nuestro derecho histórico. Estando consignadas las más importantes en la ley de Bases, formularlas era lo único que cumplía hacer á la Comisión codificadora. Estas novedades han encontrado impugnadores en contrarios sentidos. Quiénes las censuran por exiguas y poco adelantadas en el camino de los modernos progresos jurídicos: quiénes las acusan demasiado radicales en el antiguo derecho de Castilla, que entienden no haber sido bastante respetado. Estas contradictorias objeciones prueban que el camino seguido es el que aconsejaban la prudencia y la justicia. Ni toda novedad es un progreso, ni los códigos son campos de experiencia de nuevas é improvisadas instituciones. Tampoco todo lo antiguo es bueno por antiguo y sobre todo cuando la opinión no lo sanciona con sus favores. Hay algo en los Fueros provinciales que sobre ser bueno y conveniente de suyo, podía adoptarse con ciertas modificaciones, como derecho común á toda España, abriendo camino á la deseada unidad de nuesta legislación en lo futuro. Todas estas consideraciones han debido pesar en el ánimo del legislador, para no prescindir de ciertas reformas y para no hacerlas tan radicales como puede desear el espíritu de escuela.

FRANCISCO DE CÁRDENAS.

LEY DE BASES

PARA LA

REDACCION Y PUBLICACION DEL CODIGO CIVIL

(11 de Mayo de 1888.)

Don Alfonso XIII, por la gracia de Dios y la Constitución, Rey de España, y en su nombre durante su menor edad la Reina Regente del Reino,

A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes han decretado y Nós sancionado lo siguiente:

Artículo 1.° Se autoriza al Gobierno para publicar un Código civil, con arreglo á las condiciones y bases establecidas en esta ley.

Art. 2.° La redacción de este Cuerpo legal se llevará á cabo por la Comisión de Códigos, cuya Sección de Derecho civil formulará el texto del proyecto, oyendo, en los términos que crea más expeditos y fructuosos, á todos los individuos de la Comisión, y con las modificaciones que el Gobierno crea necesarias, se publicará en la *Gaceta de Madrid*.

Art. 3.° El Gobierno, una vez publicado el Código, dará cuenta á las Cortes, si estuvieran reunidas, ó en la primera reunión que celebren, con expresión clara de todos aquellos puntos en que haya modificado, ampliado ó alterado en algo el proyecto redactado por la Comisión, y no empezará á regir como ley ni pro-

ducirá efecto alguno legal hasta cumplirse los sesenta días siguientes á aquel en que se haya dado cuenta á las Cortes de su publicación.

Art. 4.º Por razones justificadas de utilidad pública, el Gobierno, al dar cuenta del Código á las Cortes ó por virtud de la proposición que en éstas se formule, podrá declarar prorrogado ese plazo de sesenta días.

Art. 5.º Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3.ª, relativa á las formas de matrimonio.

Art. 6.º El Gobierno, oyendo á la Comisión de Códigos, presentará á las Cortes en uno ó en varios proyectos de ley los apéndices del Código civil, en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias ó territorios donde hoy existen.

Art. 7.º No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará á regir en Aragón y en las islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga á aquellas de sus disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente estén vigentes.

El Gobierno, previo informe de las Diputaciones provinciales de Zaragoza, Huesca, Teruel é islas Baleares y de los Colegios de Abogados de las capitales de las mencionadas provincias, y oyendo á la Comisión general de Codificación, presentará á la aprobación de las Cortes, en el plazo más breve posible, á contar desde la publicación del nuevo Código, el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón é islas Baleares que convenga conservar.

Iguales informes deberá oir el Gobierno en lo referente á las demás provincias de legislación foral.

Art. 8.º Tanto el Gobierno como la comisión se acomodarán en la redacción del Código civil á las siguientes bases:

BASE 1.ª

El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer Cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender á algunas nacesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico ó un precedente autorizado en legislaciones propias ó extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, ó que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios ó de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores.

BASE 2.ª

Los efectos de las leyes y de los estatutos, así como la nacionalidad, la naturalización y el reconocimiento y condiciones de existencia de las personas jurídicas, se ajustarán á los preceptos constitucionales y legales hoy vigentes, con las modificaciones precisas para descartar formalidades y prohibiciones ya desusadas, aclarando esos conceptos jurídicos universalmente admitidos en sus capitales fundamentos, y fijando los necesarios, así para dar algunas bases seguras á las relaciones internacionales civiles, como para facilitar el enlace y aplicación del nuevo Código y de las legislaciones forales, en cuanto á las personas y bienes de los españoles en sus relaciones y cambios de residencia ó vecindad en provincias de derecho diverso, inspirándose hasta donde sea conveniente en el principio y doctrina de la personalidad de los estatutos.

Base 3.ª

Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico, que deberán contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determine el mismo Código en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado.

El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, cuando se celebre en conformidad con las disposiciones de la Iglesia católica, admitidas en el Reino por la ley 13, título 1.º, libro 1.º de la Novísima Recopilación. Al acto de su celebración asistirá el Juez municipal ú otro funcionario del Estado, con el solo fin de verificar la inmediata inscripción del matrimonio en el Registro civil.

Base 4.ª

Las relaciones jurídicas derivadas del matrimonio en cuanto á las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes, paternidad y filiación, patria potestad sucesiva del marido y de la mujer sobre sus hijos no emancipados, efectos civiles del contrato, y, en suma, cuantas constituyen el derecho de familia, se determinarán de conformidad con los principios esenciales en que se funda el estado legal presente, sin perjuicio de lo dispuesto en las bases 17, 18, 22 y 25.

Base 5.ª

No se admitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito ó cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, ó cuando medie posesión de estado. Se permitirá la investigación de la maternidad, y se autorizará la legitimación bajo sus dos formas de subsiguiente matrimonio y concesión Real, limitando ésta á los casos en que medie imposibilidad absoluta de realizar la primera, y reservando á terceros

perjudicados el derecho de impugnar, así los reconocimientos como las legitimaciones, cuando resulten realizados fuera de las condiciones de la ley. Se autorizará también la adopción por escritura pública, y con autorización judicial, fijándose las condiciones de edad, consentimiento y prohibiciones que se juzguen bastantes á prevenir los inconvenientes que el abuso de ese derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia.

Base 6.ª

Se caracterizarán y definirán los casos de ausencia y presunción de muerte, estableciendo las garantías que aseguren los derechos del ausente y de sus herederos, y que permitan en su día el disfrute de ellos por quien pudiera adquirirlos por sucesión testamentaria ó legítima, sin que la presunción de muerte llegue en ningún caso á autorizar al cónyuge presente para pasar á segundas nupcias.

Base 7.ª

La tutela de los menores no emancipados, dementes y los declarados pródigos ó en interdicción civil, se podrá deferir por testamento, por la ley ó por el consejo de familia, y se completará con el restablecimiento en nuestro derecho de ese consejo y con la institución del protutor.

Base 8.ª

Se fijará la mayor edad en los veintitrés años para los efectos de la legislación civil, estableciendo la emancipación por matrimonio y la voluntaria por actos entre vivos á contar desde los diez y ocho años de edad en el menor.

Base 9.ª

El Registro del estado civil comprenderá las inscripciones de nacimientos, matrimonios, reconocimientos y legitimaciones, defunciones y naturalizaciones, y estará á cargo de los Jueces

municipales ú otros funcionarios del orden civil en España y de los Agentes consulares ó diplomáticos en el extranjero.

Las actas del Registro serán la prueba del estado civil, y sólo podrá ser suplida por otras en el caso de que no hayan existido ó hubieran desaparecido los libros del Registro, ó cuando ante los Tribunales se suscite contienda.

Se mantendrá la obligación, garantida con sanción penal, de inscribir los actos ó facilitar las noticias necesarias para su inscripción tan pronto como sea posible. No se dará efecto alguno legal á las naturalizaciones mientras no aparezcan inscritas en el Registro, cualquiera que sea la prueba con que se acrediten y la fecha en que hubieren sido concedidas.

Base 10.

Se mantendrán el concepto de la propiedad y la división de las cosas, el principio de la accesión y de copropiedad con arreglo á los fundamentos capitales del derecho patrio, y se incluirán en el Código las bases en que descansan los conceptos especiales de determinadas propiedades, como las aguas, las minas y las producciones científicas literarias y artísticas, bajo el criterio de respetar las leyes particulares porque hoy se rigen en su sentido y disposiciones, y deducir de cada una de ellas lo que pueda estimarse como fundamento orgánico de derechos civiles y sustantivos para incluirlos en el Código.

Base 11.

La posesión se definirá en sus dos conceptos, absoluto ó emanado del dominio y unido á él, y limitado y nacido de una tenencia de la que se deducen hechos independientes y separados del dominio, manteniéndose las consecuencias de esa distinción en las formas y medios de adquirirla, estableciendo los peculiares á los bienes hereditarios, la unidad personal en la posesión fuera del caso de indivisión, y determinando los efectos en cuanto al amparo del hecho por la Autoridad pública, las presunciones á su favor, la percepción de frutos según la naturaleza de éstos el abo-

no de expensas y mejoras y las condiciones á que debe ajustarse la pérdida del derecho posesorio en las diversas clases de bienes.

BASE 12.

El usufructo, el uso y la habitación se definirán y regularán como limitaciones del dominio y formas de su división, regidas en primer término por el título que las constituya, y en su defecto por la ley, como supletoria á la determinación individual; se declararán los derechos del usufructuario, en cuanto á la percepción de frutos, según sus clases y situación en el momento de empezar y de terminarse el usufructo, fijando los principios que pueden servir á la resolución de las principales dudas en la práctica respecto al usufructo y uso de minas, montes, plantíos y ganados, mejoras, desperfectos, obligaciones de inventario y fianza, inscripción, pago de contribuciones, defensa de sus derechos y los del propietario en juicio y fuera de él, y modos naturales y legítimos de extinguirse todos esos derechos, con sujeción todo ello á los principios y prácticas del derecho de Castilla, modificado en algunos importantes extremos por los principios de la publicidad y de la inscripción contenidos en la legislación hipotecaria novísima.

BASE 13.

El título de las servidumbres contendrá su clasificación y división en continuas y discontinuas, positivas y negativas, aparentes y no aparentes por sus condiciones de ejercicio y disfrute, y legales y voluntarias por el origen de su constitución, respetándose las doctrinas hoy establecidas en cuanto á los modos de adquirirlas, derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente y modo de extinguirlas. Se definirán también en capítulos especiales las principales servidumbres fijadas por la ley en materia de aguas, en el régimen de la propiedad rústica y urbana, y se procurará, á tenor de lo establecido en la base 1.ª, la incorporación al Código del mayor número

posible de disposiciones de las legislaciones de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y Provincias Vascas.

BASE 14.

Como uno de los medios de adquirir, se definirá la ocupación regulando los derechos sobre los animales domésticos, hallazgo casual de tesoro y apropiación de las cosas muebles abandonadas. Les servirán de complemento las leyes especiales de caza y pesca, haciendose referencia expresa á ellas en el Código.

BASE 15.

El tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales á los acuerdos que la Comisión general de codificación reunida en pleno, con asistencia de los señores Vocales correspondientes y de los señores Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en Noviembre de 1882, y con arreglo á ellos se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades, sus diferentes clases de abierto, cerrado, militar, marítimo y hecho en país extranjero, añadiendo el ológrafo, así como todo lo relativo á la capacidad para disponer y adquirir por testamento, á la institución de heredero, la desheredación, las mandas y legados, la institución condicional ó á término, los albaceas y la revocación ó ineficacia de las disposiciones testamentarias, ordenando y metodizando lo existente, y completándolo con cuanto tienda á asegurar la verdad y facilidad de expresión de las últimas voluntades.

BASE 16.

Materia de las reformas indicadas serán en primer término las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán ni aun en la línea directa de la segunda generación, á no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimento del testador.

El haber hereditario se distribuirá en tres partes iguales: una que constituirá la legítima de los hijos, otra que podrá asignar el

padre á su arbitrio como mejora entre los mismos, y otra de que podrá disponer libremente. La mitad de la herencia en propiedad, adjudicada por proximidad de parentesco y sin perjuicio de las reservas, constituirá, en defecto de descendientes legítimos, la legítima de los ascendientes, quienes podrán optar entre ésta y los alimentos. Tendrán los hijos naturales reconocidos derecho á una porción hereditaria, que, si concurren con hijos legítimos, nunca podrá exceder de la mitad de lo que por su legítima corresponda á cada uno de éstos; pero podrá aumentarse esta porción cuando sólo quedaren ascendientes.

Base 17.

Se establecerá á favor del viudo ó viuda el usufructo que algunas de las legislaciones especiales le conceden, pero limitándolo á una cuota igual á lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo.

Base 18.

A la sucesión intestada serán llamados: 1.º Los descendientes. 2.º Los ascendientes. 3.º Los hijos naturales. 4.º Los hermanos é hijos de éstos. 5.º El cónyuge viudo. No pasará esta sucesión del sexto grado en la línea colateral. Desaparecerá la diferencia que nuestra legislación establece respecto á los hijos naturales entre el padre y la madre, dándoseles igual derecho en la sucesión intestada de uno y otro. Sustituirán al Estado en esta sucesión, cuando á ella fuere llamado, los establecimientos de Beneficencia é instrucción gratuita del domicilio del testador; en su defecto, los de la provincia; á falta de unos y otros, los generales. Respecto de las reservas, el derecho de acrecer, la aceptación y repudiación de la herencia, el beneficio de inventario, la colación y partición, y el pago de las deudas hereditarias, se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia.

Base 19.

La naturaleza y efectos de las obligaciones serán explicados con aquella generalidad que corresponda á una relación jurídica cuyos orígenes son muy diversos. Se mantendrá el concepto histórico de la mancomunidad, resolviendo por principios generales las cuestiones que nacen de la solidaridad de acreedores y deudores, así cuando el objeto de la obligación es una cosa divisible, como cuando es indivisible, y fijando con precisión los efectos del vínculo legal en las distintas especies de obligaciones, alternativas, condicionales, á plazo y con cláusula penal. Se simplificarán los modos de extinguirse las obligaciones, reduciéndolos á aquellos que tienen esencia diferente, y sometiendo los demás á las doctrinas admitidas respecto de los que como elementos entran en su composición. Se fijarán, en fin, principios generales sobre la prueba de las obligaciones, cuidando de armonizar esta parte del Código con las disposiciones de la moderna ley de Enjuiciamiento civil, respetando los preceptos formales de la legislación notarial vigente, y fijando un máximum, pasado el cual, toda obligación de dar ó de restituir, de constitución de derechos, de arriendo de obras, ó de prestación de servicios, habrá de constar por escrito, para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento ó ejecución.

Base 20.

Los contratos, como fuentes de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio ó de cualquier otro derecho á él semejante, y continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, ó el otorgamiento de escritura á los efectos expresados en la base precedente. Igualmente se cuidará de fijar bien las condiciones del consentimiento, así en cuanto á la capacidad como en cuanto á la liber-

tad de los que le presten, estableciendo los principios consagrados por las legislaciones modernas sobre la naturaleza y el objeto de las convenciones, su causa, forma ó interpretación, y sobre los motivos que las anulan y rescinden.

Base 21.

Se mantendrá el concepto de los cuasi contratos, determinando las responsabilidades que puedan surgir de los distintos hechos voluntarios que les dan causa, conforme á los altos principios de justicia en que descansaba la doctrina del antiguo derecho, unánimemente seguido por los modernos Códigos, y se fijarán los efectos de la culpa y negligencia, que no constituyan delito ni falta, aun respecto de aquellos bajo cuyo cuidado ó dependencia estuvieren los culpables ó negligentes, siempre que sobrevenga perjuicio á tercera persona.

Las obligaciones procedentes de delito ó falta quedarán sometidas á las disposiciones del Código penal, ora la responsabilidad civil deba exigirse á los reos, ora á las personas bajo cuya custodia y autoridad estuviesen constituídos.

Base 22.

El contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges sin otras limitaciones que las señaladas en el Código, entendiéndose que cuando falte el contrato ó sea deficiente, los esposos han querido establecerse bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.

Base 23.

Los contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio se podrán otorgar por los menores en aptitud de contraerlo, debiendo concurrir á su otorgamiento y completando su capacidad las personas que según el Código deben prestar su consentimiento á las nupcias; deberán constar en escritura pública si exceden de cierta suma, y en los casos que no llegue al máximum que se determine, en documento que reuna alguna garantía de autenticidad.

BASE 24.

Las donaciones de padres á hijos se colacionarán en los cómputos de las legítimas, y se determinarán las reglas á que hayan de sujetarse las donaciones entre esposos durante el matrimonio.

BASE 25.

La condición de la dote y de los bienes parafernales podrá estipularse á la constitución de la sociedad conyugal, habiendo de considerarse aquélla inestimada á falta de pacto ó capitulación que otra cosa establezca. La administración de la dote corresponderá al marido, con las garantías hipotecarias para asegurar los derechos de la mujer y las que se juzguen más eficaces en la práctica para los bienes muebles y valores, á cuyo fin se fijarán reglas precisas para las enajenaciones y pignoraciones de los bienes dotales, su usufructo y cargas á que está sujeto, admitiendo en el Código los principios de la ley Hipotecaria en todo lo que tiene de materia propiamente orgánica y legislativa, quedando á salvo los derechos de la mujer durante el matrimonio para acudir en defensa de sus bienes y los de sus hijos contra la prodigalidad del marido, así como también los que puedan establecerse respecto al uso, disfrute y administración de cierta clase de bienes por la mujer, constante el matrimonio.

BASE 26.

Las formas, requisitos y condiciones de cada contrato en particular se desenvolverán y definirán con sujeción al cuadro general de las obligaciones y sus efectos, dentro del criterio de mantener por base la legislación vigente y los desenvolvimientos que sobre ella ha consagrado la jurisprudencia, y los que exija la incorporación al Código de las doctrinas propias á la ley Hipotecaria, debidamente aclaradas en lo que ha sido materia de dudas para los Tribunales de justicia y de inseguridad para el crédito territorial. La donación se definirá fijando su naturaleza y efec-

tos, personas que pueden dar y percibir por medio de ella, sus limitaciones, revocaciones y reducciones, las formalidades con que deben ser hechas, los respectivos deberes del donante y donatario, y cuanto tienda á evitar los perjuicios que de las donaciones pudieran seguirse á los hijos del donante ó sus legítimos acreedores ó á los derechos de tercero. Una ley especial desarrollará el principio de la reunión de los dominios en los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, constituídos sobre la propiedad inmueble.

Base 27.

La disposición final derogatoria será general para todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyan el derecho civil llamado de Castilla, en todas las materias que son objeto del Código, y aunque no sean contrarias á él, y quedarán sin fuerza legal alguna, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio. Las variaciones que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo. Se establecerán, con el carácter de disposiciones adicionales, las bases orgánicas necesarias para que en períodos de diez años formule la Comisión de Códigos y eleve al Gobierno las reformas que convenga introducir como resultados definitivamente adquiridos por la experiencia en la aplicación del Código, por los progresos realizados en otros países y utilizables en el nuestro, y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por tanto:

Mandamos á todos los Tribunales, Justicias, Jefes, Gobernadores y demás Autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas sus partes.

Dado en Palacio á once de Mayo de mil ochocientos ochenta y ocho.

Yo la Reina Regente.

El Ministro de Gracia y Justicia,
Manuel Alonso Martínez.

REAL DECRETO

MANDANDO PUBLICAR EL CÓDIGO CIVIL

(6 de Octubre de 1888.)

EXPOSICIÓN

Señora: La ley de 11 de Mayo de este año autorizó al Gobierno de V. M. para publicar un Código civil con arreglo á las bases establecidas en la misma, llenando así una necesidad sentida desde hace cinco siglos y no satisfecha aún, á pesar de los laudables esfuerzos de algunas de las generaciones que nos han precedido.

El Código civil, que interesa por igual á todas las clases sociales, y realiza, no una aspiración pasajera, sino un anhelo constante del pueblo español, puede ser un título de honor para los contemporáneos á los ojos de la posteridad, y el más bello florón de la Corona que ciñe V. M. tan merecidamente por sus grandes virtudes y raras prendas.

Pocos serán ya hoy en España los que desconozcan la conveniencia de sustituir la legislación civil vigente, desparramada en multitud de cuerpos legales promulgados en la época gótica, en la edad media y en tiempos más recientes, pero siempre distantes de nosotros, y que de todos modos retratan estados sociales distintos y aun opuestos, por un monumento legislativo armónico, sencillo y claro en su método y redacción, que refleje fielmente nuestras actuales ideas y costumbres, y satisfaga las complejas necesidades de la moderna civilización española.

Así, pues, V. M. puede estampar su firma en este proyecto de decreto con aquella satisfacción interior que engendra siempre

en el ánimo del Jefe Supremo del Estado la conciencia de que no pone su Autoridad augusta al servicio de una parcialidad política, sino al de la Nación entera.

Por esto, el Ministro que suscribe estima como un halago de la fortuna ser él quien tiene la honra de someter á la aprobación de V. M. el Código civil redactado por la Sección que ha muchos años viene presidiendo, después de haber oído, en los términos que ha creído más expeditos y fructuosos, á todos los Vocales de la Comisión Codificadora, compuesta de sabios jurisconsultos afiliados á escuelas jurídicas y partidos políticos diferentes.

En el punto á que dichosamente ha llegado en España la obra de la Codificación civil, huelga ya todo razonamiento. Pasó la hora de discutir. Hoy se trata no más que de la mera ejecución de un precepto terminante de la ley; y el infrascrito, en justo acatamiento á lo que ésta ordena, tiene el honor de proponer á V. M. el siguiente proyecto de decreto.

SEÑORA:
A L. R. P. DE V. M.
Manuel Alonso Martínez.

REAL DECRETO

Teniendo presente lo dispuesto en la ley de 11 de Mayo de este año, por la cual se autorizó á mi Gobierno para publicar un Código civil con arreglo á las condiciones y bases establecidas en la misma, conformándome con lo propuesto por el Ministro de Gracia y Justicia, y de acuerdo con el parecer de mi Consejo de Ministros, en nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decretar que se publique en la *Gaceta de Madrid* el Código civil adjunto, en cumplimiento de lo que preceptúa el artículo 2.º de la mencionada ley de 11 de Mayo último.

Dado en Palacio á seis de Octubre de mil ochocientos ochenta y ocho.

MARÍA CRISTINA.

El Ministro de Gracia y Justicia,
Manuel Alonso Martínez.

REAL DECRETO

FIJANDO EL DÍA 1.º DE MAYO DE 1889

PARA QUE COMIENCE Á REGIR EL CÓDIGO CIVIL

(11 de Febrero de 1889.)

Próximo á vencer el plazo de sesenta días establecido en el art. 3.º de la ley de 11 de Mayo de 1888 para que comenzara á regir como ley el Código civil publicado en la *Gaceta de Madrid* en cumplimiento de lo dispuesto en el Real decreto de 6 de Octubre último, y formulada en las Cortes la proposición prevista en el art. 4.º de la propia ley;

Conformándome con lo propuesto por el Ministro de Gracia y Justicia, y de acuerdo con el parecer de mi Consejo de Ministros;

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en declarar prorrogado hasta el 1.º de Mayo del corriente año el plazo de los sesenta días establecido en la ley de 11 de Mayo de 1888.

Dado en Palacio á once de Febrero de mil ochocientos ochenta y nueve.

MARÍA CRISTINA.

El Ministro de Gracia y Justicia,

José Canalejas y Méndez.

LEY

MANDANDO HACER UNA NUEVA EDICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL CON ENMIENDAS Y ADICIONES

(*26 de Mayo de 1889*)

Don Alfonso XIII, por la gracia de Dios y la Constitución, Rey de España, y en su nombre y durante su menor edad la Reina Regente del Reino;

A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: que las Cortes han decretado y Nós sancionado lo siguiente:

Artículo 1.º El Gobierno hará una edición del Código civil, con las enmiendas y adiciones que á juicio de la Sección de lo civil de la Comisión general de Codificación sean necesarias ó convenientes, según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos Colegisladores.

Art. 2.º Esta edición se publicará lo más pronto posible, dentro del plazo de dos meses.

Además se insertarán en la *Gaceta* los artículos del Código enmendados ó adicionados.

Por tanto:

Mandamos á todos los Tribunales, Justicias, Jefes, Gobernadores y demás Autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas sus partes.

Dado en Aranjuez á veintiséis de Mayo de mil ochocientos ochenta y nueve.

YO LA REINA REGENTE.

El Ministro de Gracia y Justicia,

José Canalejas y Méndez.

REAL DECRETO

MANDANDO PUBLICAR LA NUEVA EDICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

(*24 de Julio de 1889.*)

Teniendo presente lo dispuesto en la ley de 26 de Mayo último, conformándome con lo propuesto por el Ministro de Gracia y Justicia, y de acuerdo con el parecer de mi Consejo de Ministros;

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decretar que se publique é inserte en la *Gaceta de Madrid* el adjunto texto de la nueva edición del Código civil, hecha con las enmiendas y adiciones propuestas por la Sección de lo civil de la Comisión general de Codificación, según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos Colegisladores, y en cumplimiento de lo preceptuado por la mencionada ley de 26 de Mayo último.

Dado en San Ildefonso á veinticuatro de Julio de mil ochocientos ochenta y nueve.

MARÍA CRISTINA.

El Ministro de Gracia y Justicia,

José Canalejas y Méndez.

REAL DECRETO

HACIENDO EXTENSIVO EL CÓDIGO CIVIL

A LAS ISLAS DE CUBA, PUERTO RICO Y FILIPINAS

(31 de Julio de 1889.)

SEÑORA: El vivo interés de todos los Gobiernos por el beneficio de nuestras provincias de Ultramar, ha servido de estímulo constante para llevar á aquéllas las disposiciones legislativas vigentes en la Península, y especialmente las encargadas de resolver problemas generales de la vida, que no siendo resultado de opiniones parciales ni de luchas políticas, por todos son juzgadas con poca diferencia de criterio.

Si las leyes además se refieren á puntos y órdenes sustanciales é íntimos de la sociedad, si no contrarían tradiciones ni tendencias especiales de aquellos pueblos, sino que aclaran y simplifican la norma de acción, explican mejor su origen y manifiestan además sus prescripciones con sencillez, facilitando el conocimiento de todos, y, en suma, envuelven un progreso evidente y por extremo beneficioso á nuestros hermanos de Ultramar, el propósito natural en el Gobierno se convierte en dictado de deber y obligación para que aquéllos habitantes participen de las ventajas que los peninsulares pueden alcanzar.

Tal sucede con el Código civil hoy vigente en la Península. Cualesquiera que hayan sido las opiniones y juicios emitidos en

las discusiones que motivó, es indudable que responde á la constante aspiración de esta sociedad, de todos modos manifestada, hace medio siglo, y que aun negándole otras ventajas produce la indiscutible de reducir á una sola las múltiplas, diferentes y encontradas fuentes de nuestro derecho positivo civil, modifica en términos racionales el derecho sucesorio, aclara y mejora el relativo á la personalidad, y en general, tomando por base la tradición, envuelve y determina toda clase de relaciones jurídicas privadas en una forma más racional, más sistemática y científica que la usada en los libros legales de que tan valiosa y abundante serie nos han dejado los anteriores siglos.

Ni en las Antillas ni en Filipinas hay derecho civil peculiar y diferente del que rigió en la Península, ni la organización de la familia y de la propiedad en aquellas lejanas provincias demanda especialidad alguna de reglas para una vida que en lo privado se desenvuelve lo mismo que en el resto de la Nación, porque aquellos pueblos que tienen su sentido propio, y en algo distinto del pueblo español, se acomodan desde luego en sus relaciones civiles á las leyes que allí llevaron nuestros conquistadores y misioneros, que eran las mismas de su propia patria española.

No hay, pues, el peligro de llevar innovaciones irreflexivas que pudieran resultar malsanas para aquellas familias, ni trastornos perjudiciales para una propiedad que se adquiere, se conserva y se pierde conforme á los modos establecidos en la antigua legislación española, y que no da lugar ni á modos ni formas, ni relaciones aquí desconocidas que fuera preciso consagrar en la ley. Así es que la Comisión de Códigos de Ultramar representó al Gobierno de S. M., cuando el civil se discutía en las Cámaras, la conveniencia de extenderlo á las provincias de Ultramar una vez que fuera ley, sin necesidad de hacer modificación alguna que alterara el contenido y la forma en que fuera promulgado.

Y si es indudable que S. M. puede abrigar la satisfacción de considerar como suceso feliz de su reinado el dotar á la Nación de un Código civil que con tanta ansiedad y durante tanto tiempo ha vivido solicitando, no lo es menos que aquel puro y eleva-

do sentimiento ha de robustecerse y ensancharse, llevándolo á las provincias de Ultramar, que en este orden de la legislación sufrían los mismos inconvenientes, y obtendrán ventajas iguales á las que se disfrutarán en adelante en la Península.

Ningún elemento social enlaza tanto los pueblos y los une en el seno de una cultura común como la unidad de legislación, y especialmente de la encargada de regular la esfera más íntima, más querida y más importante de la vida y de la libertad humana, que es la civil. Y si España inspiró siempre su conducta respecto á los pueblos que dominó en otro hemisferio, en el levantado propósito de una paternal política que los habrá de conducir pronto á constituir un elemento integrante en esta hermosa y concertada unidad de la patria, si jamás les aplicó el régimen utilitario y egoista de explotación y aprovechamiento, y si nuestra historia está llena de monumentos que atestiguan cómo el aliento de la patria nunca regateó su inspiración para levantar generosamente y traer á su propio seno los elementos vivos de los pueblos coloniales y educarlos y regirlos como se educaba y regía á sí misma; si como feliz resultado de esta conducta bienhechora y de abnegación se implantó de antiguo el más importante de los beneficios en el orden legal, que es la identidad en el derecho civil, es racional y exigente conveniencia del Gobierno mantenerla, conservando así el título más honroso y el bien más inestimable que puede ofrecer una nación respecto á los pueblos que domina, y que consiste en asentar la vida civil en la igualdad y conceder á todos la suma de derechos de que ella misma goza.

Fundado en estas consideraciones el Ministro que suscribe, de acuerdo con el Consejo de Ministros, tiene el honor de someter á la aprobación de S. M. el siguiente proyecto de decreto.

Madrid 31 de Julio de 1889.

SEÑORA:

A L. R. P. de V. M.,

Manuel Becerra.

REAL DECRETO

A propuesta del Ministro de Ultramar, de acuerdo con el Consejo de Ministros;

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey Don Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decretar lo siguiente:

Artículo 1.º Se hace extensivo á las islas de Cuba, Puerto Rico y Filipinas el Código civil vigente en la Península, redactado de conformidad con lo dispuesto en la ley de 11 de Mayo de 1888, y aprobado por Real decreto de 24 del actual.

Art. 2.º Empezará á regir este Código en las islas referidas á los veinte días siguientes de su publicación en los periódicos oficiales de las mismas.

Art. 3.º En armonía con lo dispuesto en el art. 1.º del mismo Código, las leyes regirán en las provincias de Ultramar á los veinte días de su promulgación, entendiéndose ésta hecha el día en que termine su inserción en los periódicos oficiales de las islas.

Dado en San Ildefonso á treinta y uno de Julio de mil ochocientos ochenta y nueve.

MARÍA CRISTINA.

El Ministro de Ultramar,
Manuel Becerra.

REAL ORDEN

MANDANDO PUBLICAR LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LAS ENMIENDAS Y ADICIONES HECHAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y DANDO LAS GRACIAS POR ESTE TRABAJO Á LA SECCIÓN 1.ª DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

(29 de Julio de 1889.)

MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA.—Excmo. Sr.: He dado cuenta á S. M. la Reina (Q. D. G.) del importantísimo servicio que la Sección primera de la Comisión general de Codificación acaba de prestar, redactando en cumplimiento de la ley de 26 de Mayo último, las enmiendas y adiciones consignadas en la edición oficial del Código civil recientemente publicado.

Enterada S. M., no sólo del relevante mérito de los trabajos de la Sección, sino del diligente celo y extraordinaria actividad con que en el breve plazo establecido en la mencionada ley ha realizado tan difícil tarea, correspondiendo á la confianza depositada en los ilustres Jurisconsultos que la componen;

En nombre de su Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII (que Dios guarde), se ha servido disponer que se signifique su Real agrado, tanto á V. E. que en su calidad de Presidente de la Sección ha dirigido sus trabajos, como á los Vocales de la misma D. Francisco de Cárdenas, D. Salvador de Albacete, D. Germán Gamazo, D. Hilario de Igón, D. Santos Isasa, D. José María Manresa y D. Eduardo García Goyena, y que á continuación

de esta Real orden se publique en la *Gaceta de Madrid* la luminosa exposición en que se expresan los fundamentos de las adiciones y enmiendas consignadas en la nueva edición del Código civil, publicado en cumplimiento de la ley de 26 de Mayo último.

De Real orden lo digo á V. E. para su conocimiento y satisfacción. Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 29 de Julio de 1889.

José Canalejas y Méndez.

Sr. D. Manuel Alonso Martínez, Presidente de la Sección primera de la Comisión general de Codificación.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

DE LAS ENMIENDAS Y ADICIONES HECHAS EN LA NUEVA EDICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

EXCMO. SR.: V. E. se sirvió comunicar á esta Comisión, para su cumplimiento, la ley de 26 de Mayo último, que manda hacer una edición del Código civil, con las enmiendas y adiciones que, á juicio de la Sección de lo civil de la Comisión general de Codificación, sean necesarias ó convenientes según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos Colegisladores. Cumpliendo este mandato, la Sección ha revisado detenidamente todo el Código, y en particular las disposiciones que han sido objeto de controversia y de crítica entre los Senadores y Diputados en los últimos debates parlamentarios. Ha hecho tan prolijo examen sin más propósito que el de mejorar la obra en todo lo que parece defectuosa y sin otro criterio que el de la más severa imparcialidad. Fruto de este estudio es el trabajo que adjunto tiene el honor de presentar á V. E.

Todas las observaciones expuestas en el Parlamento han sido atentamente examinadas y discutidas en el seno de la Sección, recayendo sobre cada una el acuerdo que se ha juzgado procedente. Son éstas de diversas clases, según el espíritu que las informa, el fin á que tienden, la suposición más ó menos fundada de que parten, la varia interpretación de algunos artículos, la diversidad de opiniones individuales sobre determinados problemas jurídicos y la oscuridad de expresión ó defectos de estilo que se ha creído encontrar en algunos textos. La Sección, que no pre-

tende haber hecho una obra perfecta, porque si no lo es ninguna de las humanas, mucho menos puede serlo un Código civil, que afecta á tantos, tan diversos y acaso tan contradictorios intereses, hábitos y costumbres, ha reconocido, con la sinceridad y la imparcialidad que le son propias, la justicia ó la conveniencia de algunas de las enmiendas y reformas indicadas en los Cuerpos Colegisladores. Pero al mismo tiempo ha tenido que prescindir de muchas de ellas que, por causas diversas, no le han parecido necesarias ni justificadas.

Hay efectivamente en el Código varios artículos cuya reforma parece justa ó conveniente, ya para la mayor claridad del concepto, ya para que no parezcan en disonancia con otros á que se refieren, ya para prevenir las dudas á que pudiera dar lugar la suspicacia ó la malicia de los que litiguen sobre su aplicación, ya, en fin, para corregir los errores de imprenta ó de copia de que adolecen. Hay también artículos que contienen principios indiscutibles de justicia ó conveniencia, pero que necesitan ampliarse y desarrollarse para su aplicación, á fin de que no dén lugar á una jurisprudencia varia y aun contradictoria. La Sección, teniendo todo esto en cuenta, ha procurado el remedio, prestándose á todas las modificaciones de concepto y expresión que ha podido exigir la más severa crítica.

La verdad es que, fuera de muy pocos puntos en que por diversidad de escuela ó de propósito no puede convenir la Sección con algunos de sus censores, en todos los demás las diferencias consisten, más bien que en el fondo, en la expresión del concepto. Se han expuesto ciertamente consideraciones generales muy importantes sobre las novedades introducidas por el Código en el orden de la familia, en las relaciones jurídicas entre sus individuos y en las sucesiones hereditarias; pero la Sección se ha abstenido de controvertirlas, tanto porque casi todas ellas proceden de la ley de Bases para redactar el Código, á las cuales ha tenido que sujetarse, cuanto por no ser éste ya el momento oportuno de exponer los motivos de toda aquella obra. Pasada su oportunidad, cumple sólo á la Sección manifestar el orden y mé-

todo con que ha verificado su revisión, la extensión y límites de su labor y los fundamentos de sus principales enmiendas y adiciones adoptadas.

Expuesto queda el método seguido: respecto á la extensión de su trabajo, se ha limitado la Sección á revisar solamente aquellos artículos que han sido objeto de discusión y de crítica en las Cortes; pero como algunos de ellos tenían relación con otros pasados en silencio, no ha sido posible prescindir en absoluto de éstos. Por eso advertirá V. E. que no sólo aparecen retocados algunos de los artículos censurados por oradores del Parlamento, sino otros que no fueron criticados por ellos; todo sin perjuicio de corregir al paso los errores de copia ó de imprenta que han encontrado en el texto dado á luz.

Una de las cuestiones más viva y extensamente discutidas en ambas Cámaras fué la de la subsistencia del derecho foral, en las relaciones entre los habitantes de las provincias y territorios que lo conservan y los de los territorios y provincias en que rige el derecho común. Los primeros recelaron, aunque sin razón, que el título preliminar del Código, obligatorio para todas las provincias del Reino, contenía disposiciones contrarias á sus fueros, por cuanto el art. 12, que consagra la *subsistencia del actual régimen foral en toda su integridad,* no comprendía expresamente el derecho foral consuetudinario, como si éste no formara parte de dicho régimen. Atentado aún más grave contra los fueros creyeron hallar en el art. 15, por cuanto declaraba sujetos al Código á los nacidos en provincias de derecho común, del mismo modo que la Constitución del Estado declara españoles á los nacidos en España. Interpretada esta disposición sin tener en cuenta la del art. 12, que manda conservar el régimen foral en toda su integridad, razón habría para estimarla contraria á los Fueros, que no reconocen en los hijos otra condición que la de sus padres. Pero como las disposiciones de un Codigo no se deben interpretar aisladamente, sino en combinación con todas las otras que tienen relación con ellas, habría debido entenderse el art. 15 sin perjuicio de lo dispuesto en el 12, el cual consagra la inte-

gridad del régimen jurídico foral en justo acatamiento al precepto claro y terminante del art. 5.º de la ley de 11 de Mayo de 1888.

Ya que esta interpretación no tranquilizó bastante á los que entendían de otro modo el art. 15, la Sección ha procurado aclararlo y fijar su verdadero sentido, de suerte que no pueda quedar duda al más suspicaz de que por él no se introduce novedad alguna en el régimen jurídico de las provincias forales.

También ha modificado la Sección, no el concepto, sino la forma del art. 29, que declara la condición y los derechos de los póstumos. Decía este artículo, en su redacción primitiva que aunque el nacimiento determina la personalidad humana, la ley retrotrae en muchos casos á una fecha anterior los derechos del nacido. Hallándose estos casos señalados en diversos lugares del Código, y siendo todos aquellos en que podía optar el póstumo á algún beneficio, esta disposición no alteraba el precepto de nuestra antigua legislación, que consideraba al póstumo como nacido para todo lo que le fuera favorable. Mas para que no pueda quedar duda de que este mismo es el sentido del art. 29, se ha variado su redacción adoptando la fórmula genérica y tradicional de nuestro antiguo derecho.

Ha sido igualmente objeto de interpretación equivocada el artículo 54, suponiendo que, según él, la posesión de estado, con las actas del nacimiento de los hijos en concepto de legítimos, era por sí sola prueba bastante del matrimonio. No hubo de entenderse que ésta no se admitía sino como prueba supletoria en defecto de la principal, contenida en el art. 53, en el cual se declara que los matrimonios futuros se probarán por las actas del Registro civil, y que, faltando éste, podría abrirse paso á otra especie de pruebas. Sólo en este caso, y como una de estas pruebas supletorias, admitía la posesión de estado el art. 54. Mas para que nadie pueda abrigar duda sobre este punto, la Sección presenta modificado el artículo, refiriéndolo expresamente al que le antecede, y haciendo constar que la posesión de estado, con las demás circunstancias expresadas, no será más que uno de

los medios de prueba que podrán emplearse, cuando por cualquiera causa falte absolutamente el Registro civil.

La omisión de dos palabras, cometida en la copia ó en la impresión del Código, dió lugar á que se creyera que el art. 85 autorizaba al Gobierno para dispensar en el matrimonio civil el impedimento de afinidad en línea recta. De aquí la necesidad de añadir las palabras omitidas, quedando así restablecido el texto verdadero y desvanecido el error á que había dado lugar este artículo.

Cuando la Sección trajo de la ley del Matrimonio civil al Código el art. 102, que declaraba pública la acción para pedir la nulidad del matrimonio, entendía, como entiende hoy, que la acción pública no es la que puede ejercitar todo ciudadano, sino la que corresponde al Ministerio fiscal. Pero como alguien creyese que los términos en que apareció redactado dicho artículo autorizaban á cualquiera para promover demanda de nulidad por malevolencia ó interés ilícito, la Sección lo ha redactado de nuevo, limitando el derecho de ejercitar dicha acción á los cónyuges, á los que tengan algún interés en ella, y, con señaladas limitaciones, al Ministerio público.

Aunque el Código no ha adoptado la antigua denominación de alimentos *naturales* y *civiles*, ha reconocido la diferencia que estos nombres significaban, en cuanto á los servicios comprendidos en la obligación de alimentar. El Código no había tomado bastante en cuenta esta diferencia con relación á la diversidad de personas, á quienes, ya confirmando las leyes ó la jurisprudencia antigua, ya completándola ó fijándola, se concede el derecho á alimentos. Así la Sección, después de darlos en toda su extensión á los cónyuges, á los descendientes y ascendientes legítimos y á los padres y los hijos naturales, legitimados ó reconocidos, los restringe entre padres é hijos ilegítimos no naturales y entre hermanos consanguíneos ó uterinos, cuando alguno de éstos no pueda procurarse la subsistencia por causas que no le sean imputables.

La clasificación que se hacía en el cap. 3.º, tít. 1.º, libro II,

de los bienes de dominio público, ó no era bastante comprensiva ó podía dar lugar á dudas en casos especiales. Por ello ha parecido oportuno á la Sección definir estos bienes, teniendo en cuenta su destino más bien que su denominación y sus analogías, señalando después tan sólo como ejemplos los que antes aparecían como reguladores exclusivos de la clasificación. El Estado posee bienes destinados al uso común, y bienes que, sin ser de uso común, están destinados á algún servicio público. Unos y otros son bienes de dominio público, y se distinguen de los patrimoniales en que, si bien éstos pertenecen también al Estado, carecen de aquellas circunstancias. Igual distinción se observa en los bienes de los pueblos y provincias, sin más diferencia que la de pertenecer su propiedad á las provincias ó á los pueblos.

El art. 570, que declara subsistentes las servidumbres pecuarias establecidas, necesitaba alguna ampliación á fin de determinar claramente su régimen en lo futuro, tanto para que no se creyera que iban á desaparecer las anchuras señaladas por la legislación anterior á algunas de estas servidumbres, cuanto para fijar la medida de las forzosas que en adelante se establezcan, con destino al paso y abrevadero de los ganados. Para cumplir estos fines, guardando profundo respecto á los derechos adquiridos, ha refundido la Sección el expresado artículo.

El art. 591 no permitía plantar árboles altos cerca de una heredad ajena á menos distancia de tres metros, ni árboles bajos y arbustos á menos de dos de la línea divisoria entre ambas heredades. Estas distancias hubieron de parecer excesivas y no bastante justificadas, á los que creían que con otras mucho menores no sufriría tampoco usurpación ni perjuicio el dominio ajeno. La Sección lo ha creído así también, y en su consecuencia ha reducido aquellas distancias á dos metros y á 50 centímetros, respectivamente, salvo lo que dispongan en todo caso las Ordenanzas rurales, ó lo que se halle autorizado por la costumbre de la localidad.

Por no apartarse la Sección de nuestro antiguo derecho, ha-

bía aceptado la prohibición de heredar y de hacer testamento impuesto á los religiosos ligados con votos solemnes de pobreza en las Ordenes monásticas. El derecho canónico les había privado de la facultad de poseer, aunque no de la de adquirir, disponiendo que lo que adquiriesen lo transfirieran á los Monasterios. La ley civil, ya para reforzar la observancia de este precepto, ya para contener en parte los progresos de la amortización de los bienes raíces, privó á los religiosos del derecho de adquirir lo que no debían retener y había necesariamente de pasar al dominio de las Comunidades respectivas. Pero esta prohibición suponía la absoluta capacidad de los Monasterios para adquirir y poseer bienes inmuebles. Así es que desde el momento en que las leyes civiles, no sólo les privaron de esta facultad, sino que los suprimieron en su mayor parte, quedó sin efecto, de hecho, el precepto canónico y sin justificación suficiente las leyes que prohibían á los religiosos testar y adquirir bienes por testamento y abintestato. Por eso fueron derogadas más de una vez las prohibiciones antiguas, mientras prevalecieron en toda su crudeza las leyes desamortizadoras y las que negaron su reconocimiento á las Corporaciones religiosas.

Pero han cambiado, con provecho de todos, las relaciones entre el Estado y la Iglesia: las Ordenes monásticas han sido permitidas ó toleradas, y al punto ha surgido la duda de si, con ellas, debían estimarse restablecidas las antiguas incapacidades para testar y adquirir por sucesión y herencia. La Sección, como queda dicho, optó por la afirmativa, considerando que esta solución sería más conforme con el derecho canónico. Pero Obispos respetables, que han levantado su voz en el Senado, y otros oradores insignes, pertenecienes á partidos diversos, y por diferentes y aun contradictorios motivos, han pedido la solución contraria, estimando que restituída la facultad de adquirir y poseer á las Comunidades religiosas, se cumplirá en todos sus puntos el derecho canónico, y habrá la igualdad debida entre todos los ciudadanos, sin distinción de profesión y estado, de eclesiásticos y seglares. La Sección, prestando atento oído á es-

tas consideraciones, y deseando marchar siempre de acuerdo con los dignos Prelados de la Iglesia, después de reconocer á los Monasterios el derecho de adquirir, ha suprimido entre las incapacidades para testar y para suceder, la de los religiosos ligados con votos solemnes.

Algunas otras pequeñas variaciones ha introducido también la Sección en el capítulo de los testamentos, encaminadas todas á determinar mejor las condiciones necesarias para asegurar su autenticidad y alejar el peligro de las falsedades. Con esta mira, y aceptando indicaciones hechas en las Cortes, ha restringido la facultad de hacer testamento ológrafo, concediéndola tan sólo á los mayores de edad, aunque baste la de catorce años para testar en otra forma.

Ha reducido también á términos más adecuados á la práctica el acto de otorgar testamento abierto, garantizando además con nuevos requisitos el de las personas desconocidas, y fijando á la vez los justos límites de la responsabilidad de los Notarios que autorizan estos actos. Con el mismo fin de asegurar el cumplimiento de la última voluntad de los testadores, se han estrechado algún tanto las condiciones necesarias para determinar la validez y la nulidad de los testamentos cerrados.

La condición impuesta á la mujer casada, en el art. 995, de no aceptar herencias sino á beneficio de inventario, era en verdad excesiva é injustificada. Obligar á la hija á no recibir la herencia de sus padres, ni la de sus hijos, sino con aquella protesta, era en muchos casos, y aun en los más, lastimar sus sentimientos de filial respeto y cariño, sin razón valedera que lo justificase. Si en algunas circunstancias puede ser esta precaución necesaria, podrán utilizarla las mujeres á quienes favorezca, sin que sea menester obligarlas á ello. La Comisión ha entendido que con esta facultad y con no responder en todo caso de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal existentes al ser aceptada la herencia, quedarán suficientemente protegidos los intereses matrimoniales.

El art. 1280 determina los contratos que deben hacerse cons-

tar en documento público por razón de los objetos sobre que versen ó de su naturaleza jurídica, cualquiera que sea su cuantía. Esta disposición podía ofrecer el inconveniente de dificultar los contratos de poca entidad, por temor á los gastos que ocasionara su reducción á documento público. Para evitar este peligro, una adición al art. 1280 exime de aquella formalidad los contratos no comprendidos en los seis números del mismo artículo, y permite hacerlos valer, aunque su importe exceda de cierta suma, si constan sólo por escrito privado, quedando libres de toda solemnidad los mismos contratos de inferior cuantía.

También ha rectificado el art. 1296, que eximía de la rescisión las capitulaciones matrimoniales de los menores celebradas con intervención de sus tutores, porque ni en tales capitulaciones intervienen los tutores, ni podía, ser, por tanto, este género de contratos el que tenía por objeto dicho artículo. Una referencia equivocada al núm. 1.° del art. 1291, que debía ser el número 2.° del mismo, ha podido dar lugar á este error. En este último número se mencionan los contratos celebrados en representación de personas ausentes, con autorización judicial, y estas circunstancias bastan para que en ellos no tenga lugar la rescisión. Pero las capitulaciones matrimoniales de los menores, aunque otorgadas con la intervención de sus ascendientes ó la del consejo de familia, no tienen en su apoyo tantas garantías de equidad, que basten para declararlas irrescindibles.

Fué igualmente objeto de controversia en las Cortes la cabida señalada en el art. 1523 á las heredades que, en caso de venta, pueden ser objeto del retracto de colindantes. La Sección, para facilitar, con el transcurso del tiempo, algún remedio á la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza, y siguiendo el ejemplo de otras Naciones, concedió á los propietarios aledaños el derecho de retraer por el tanto las heredades de dos hectáreas ó menos, limítrofes á las suyas. Esta cabida hubo de parecer excesiva á algunos señores Diputados, que pretendían reducirla á 50 centiáreas. También había establecido la

Sección, que cuando dos ó más propietarios solicitaran el retracto, fuera preferido aquel cuya finca tuviese menos cabida, y no el dueño de la mayor, según propuso después alguno de los impugnadores del artículo. En vista de las observaciones expuestas, ha accedido la Sección á reducir á la mitad la cabida de las heredades sujetas á aquel derecho; pero también ha creído que debía mantener la preferencia á favor del dueño de la finca menor, considerando que esta solución es la más conforme con el fin del retracto. En cambio ha aceptado con gusto la idea de suprimir la formalidad del requerimiento ante Notario.

El Código nada dispone respecto á los foros y subforos constituídos bajo la antigua legislación, remitiendo lo que se refiere á ellos á una ley especial, anunciada repetidas veces y en elaboración hace tiempo. Pero como el art. 1611 señala el tipo para la redención de los censos impuestos antes de la promulgación del Código, hubo de dudarse si esta disposición sería aplicable á la redención de los foros. Aunque la duda no parezca bastante fundada, porque el artículo citado trata únicamente de los censos, la Sección se ha prestado á resolverla mediante una adición al mismo, en que se declaran excluídos de él los foros.

Algunos señores Senadores y Diputados echaron de menos en el Código las disposiciones transitorias que habían de determinar, con regularidad y justicia, el paso de la antigua legislación á la nueva, de modo que ésta no tuviera efecto retroactivo y quedaran á salvo todos los derechos legítimamente adquiridos bajo el anterior régimen jurídico. La observación de estos oradores era muy fundada. No bastaba decir en el art. 1976 que las variaciones en la legislación que perjudicaran derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo, pues la definición y la determinación de estos derechos es hoy uno de los problemas más difíciles de la ciencia de la legislación.

Tal vez habría sido mejor hacer esto en una ley separada, como se verificó en Italia y en otros países, donde, bien directamente por el Poder legislativo, bien por el Gobierno mediante autorización constitucional, se dictaron estas disposiciones tran-

sitorias. Pero no habiéndose dado ni siquiera iniciado dicha ley, y teniendo la Sección el encargo de hacer en el Código las enmiendas y adiciones que creyese necesarias y convenientes según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos Colegisladores, se ha creído en el deber de establecer también las reglas según las cuales deben aplicarse las nuevas disposiciones que varíen en algún punto el derecho anteriormente constituído.

Dos sistemas podían seguirse para el desempeño de esta difícil obra: uno, señalar minuciosamente todas aquellas variaciones, determinando en cada caso la aplicación del derecho correspondiente; otro, establecer reglas generales, aplicables á todos los casos que puedan ocurrir de aquella especie. El primero de estos sistemas daría lugar á un casuismo indefinido y tal vez deficiente; el segundo respondería mejor á su objeto; pero, sobre ser de difícil ejecución, no daría un resultado tan comprensivo que excluyera en absoluto la necesidad de reglas especiales para casos determinados.

Era, pues, necesario determinar cuáles son las variaciones de ley que perjudican derechos anteriormente adquiridos y que no deben, por tanto, aplicarse con efecto retroactivo. Para ello, no basta decir que son aquellas disposiciones legales que privan de la posesión actual de algún beneficio, interés ó acción jurídica; pues si la existencia, efectividad ó extensión del derecho dependen de eventualidades independientes de la voluntad del que lo posee, podrá éste tener una esperanza, pero no un verdadero derecho adquirido. Por eso los herederos legítimos y los instituídos, así como los legatarios de las personas que viven, no tienen derecho alguno adquirido hasta la muerte de éstas, porque la existencia del que en lo futuro podrán disfrutar, depende, ya de la eventualidad de su propia muerte, ya de las vicisitudes de la fortuna ó de la libre y variable voluntad de los testadores.

Fundada en estas consideraciones, la Comisión, que estima peligrosa la definición abstracta de los derechos adquiridos, ha preferido desenvolver las doctrinas más comunmente admitidas en algunas prescripciones generales y en una serie de reglas

concretas, que pueden ofrecer solución á los casos más frecuentes y servir de criterio en todos los análogos.

Lo primero que debía resolver era el punto de partida de los derechos, á fin de determinar cuáles quedaban al amparo de la legislación antigua y cuáles sometidos á la nueva. Y como todo derecho nace necesariamente de un hecho voluntario ó independiente de la humana voluntad, la fecha de este hecho, que puede ser anterior ó posterior á la promulgación del Código, es la que debe determinar la legislación que ha de aplicarse al derecho que de aquel hecho naciera. Ni es necesario que el derecho originado por un hecho ocurrido bajo la legislación anterior se halle en ejercicio para que merezca respeto, pues si existía legítimamente según la ley bajo la cual tuvo origen, si dependía solamente de la voluntad del que lo poseyera ponerlo ó no en ejercicio, es un derecho tan adquirido como el que hubiera ya producido ó estuviera produciendo su debido efecto. Pero si se trata de un derecho nuevo, declarado por primera vez en el Código y no reconocido por la legislación anterior, deberá regirse por el mismo Código, aunque el hecho que lo origine hubiera tenido lugar bajo aquella legislación, á menos que perjudique á otro derecho adquirido bajo la misma, porque en este caso es más digno de respeto el que va á sufrir el daño que el que va á recibir un beneficio gratuito.

Establecido este principio en la regla 1.ª, no se podrá hacer novedad alguna en el estado legal de las madres que, siendo viudas y ejerciendo la patria potestad, hubiesen contraído nuevo matrimonio antes de regir el Código, aunque éste prive de aquel derecho á las madres viudas que se casen después. Por igual razón las incapacidades para heredar, así absolutas como relativas, deberán calificarse con arreglo á la legislación vigente á la muerte del testador ó causante de la herencia Por idéntico motivo y conforme á la misma regla 1.ª, no deberá entenderse que han perdido el beneficio de la restitución *in integrum* las personas que lo tuvieran por la legislación anterior, cuando el hecho que haya ocasionado el perjuicio que deba repararse hubiera tenido lugar bajo

aquel régimen; y sólo cuando hubiese ocurrido después, deberán aplicarse las disposiciones del cap. 5.°, tít. 2.°, libro IV del Código. De la misma regla 1.ª emana la 7.ª, que no permite á los padres, madres y abuelos retirar las fianzas que tengan constituídas por la curatela que se hallen ejerciendo de sus descendientes. Esta garantía es un derecho adquirido por los menores é incapacitados, del cual no se les puede privar sin injusticia, aunque la nueva ley dispense para lo sucesivo de la obligación de afianzar á las personas anteriormente nombradas, cuando las llama á la tutela de sus descendientes.

De esta regla general se derivan otras varias, que la Sección ha consignado también, aunque sea por vía de ejemplo. Así, pues, conforme á la regla 2.ª, los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, que fueran válidos según ella, deben serlo también después de promulgado el Código, aunque con las limitaciones, en cuanto á su ejecución, establecidas en las disposiciones transitorias. Por eso deben valer los testamentos otorgados bajo aquella legislación, con arreglo á la misma, estén ó no otorgados en forma autorizada después. Por eso serán válidos, aunque el Código no los permite, siempre que procedan del tiempo en que regían las leyes que los autorizaban, los testamentos mancomunados, los poderes para testar, las memorias testamentarias, las cláusulas llamadas *ad cautelam*, y los fideicomisos en que el testador encarga al fiduciario dar á sus bienes un destino desconocido. Lo que no podrá hacerse es alterarlos ni modificarlos en manera alguna después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo; porque lo que pudo hacerse legítimamente bajo el régimen anterior, no es lícito repetirlo bajo el nuevo régimen.

Por efecto de la misma regla 2.ª no podrá alterarse el estado legal en que se hallen los que, por pacto anterior á la promulgación del Código, estén dando ó recibiendo alimentos; ni el hijo adoptado bajo la legislación anterior habrá perdido su derecho á heredar abintestato al padre adoptante, aunque el Código no reconozca este derecho á los adoptados después. En el mismo caso

se hallan las reglas que determinan la colación de las dotes y las donaciones de cualquiera especie otorgadas bajo el régimen anterior, en todo aquello que difieran de las consignadas en el Código. También es consecuencia de la misma regla 2.ª la 6.ª, que permite al padre continuar disfrutando los derechos que se haya reservado sobre los bienes adventicios del hijo, á quien hubiese emancipado con esta condición. Todos estos derechos, como originados de pactos ó convenios celebrados bajo la legislación precedente, son dignos del mayor respeto, aunque el Código no los reconozca ó los estime de modo diverso. En el mismo caso se hallarán cualesquiera otros derechos nacidos de contratos lícitos en su tiempo, aunque no sean permitidos después.

Por lo mismo que deben respetarse y surtir su efecto los derechos nacidos de hechos pasados bajo la legislación anterior, los que, según ésta, no producían penalidad civil ó pérdida de derechos y se ejecutaron en aquella época, no deberán producirla, aunque el Código después la establezca. En este caso podrán hallarse los matrimonios contraídos antes sin la licencia ó el consejo de quien corresponda.

Pero si es justo respetar los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no hayan sido ejercitados, ninguna consideración de justicia exige que su ejercicio posterior, su duración y los procedimientos para hacerlos valer, se eximan de los preceptos del Código. Todas estas disposiciones tienen carácter adjetivo, y sabido es que las leyes de esta especie pueden tener efecto retroactivo. Así, pues, según la regla 4.ª, los derechos adquiridos y no ejercitados todavía cuando el Código empezó á regir, deberán hacerse valer por los procedimientos en el mismo establecidos, y sólo cuando éstos se hallen pendientes en dicha época, podrán optar los interesados por ellos ó por los nuevos.

Consecuencia es también de esta regla la 8.ª, que mantiene en su cargo á los tutores y curadores nombrados antes de regir el Código y á los poseedores y administradores interinos de bienes de ausentes, pero sometiéndolos, en cuanto á su ejercicio, á la nueva legislación.

También emana de la misma regla 2.ª lo dispuesto en la 9.ª, que manda constituir, bajo el régimen de la legislación anterior, las tutelas y curatelas cuya constitución esté pendiente de la resolución de los Tribunales; pero entendiéndose esto sin perjuicio de que los curadores ya en ejercicio tomen el nombre genérico de tutores, y de que todos ellos se sometan, en cuanto al desempeño de su cargo, á las disposiciones del Código.

De la regla 2.ª procede igualmente la 11.ª, que manda sigan su curso los expedientes de adopción, emancipación voluntaria y dispensa de ley, pendientes ante el Gobierno ó los Tribunales.

Pero el rigor de la regla fundamental en esta materia, ó sea la de atender á la legislación vigente al tiempo de adquirirse el derecho, exige también ciertas excepciones, aunque de corta transcendencia. Los efectos de la patria potestad respecto á los bienes de los hijos, según el Código, no siempre convienen con los mismos efectos según la legislación anterior. En su consecuencia, aquella en que difieran debería regirse por dicha legislación, cuando los padres estuvieren, conforme á ella, ejerciendo su potestad. Pero la patria potestad en el moderno derecho no tiene ni ha tenido á los ojos de los autores del Código, el sentido que le dió la legislación romana. Concédese á los padres el poder tuitivo á que se llama patria potestad, no para su personal provecho, sino para el más fácil cumplimiento de los altos deberes que la naturaleza y la ley les imponen respecto de sus hijos. A este fin se encaminan, de un lado, el reconocimiento de la Autoridad paterna, y de otro, el disfrute y administración de los peculios. Por lo mismo sólo se pueden mantener y asegurar al padre estas facultades en cuanto subsistan los deberes para cuyo cumplimiento fueron otorgadas. Si, pues, los hijos, al salir de la patria potestad, prefieren vivir bajo la autoridad y en el domicilio de sus padres, y seguir, como en tales casos es presumible, la dirección y los consejos de éstos, parece natural que subsistan la administración y el usufructo de los peculios, por todo el tiempo que la anterior legislación los mantenia. No será entonces el le-

gislador, sino la voluntad tácita del hijo, quien prorrogue la autoridad y las facultades paternas. Y por la misma razón, desde que el hijo mayor de veintitrés años salga de la casa de su padre, cesará la presunción en que descansa la regla 5.ª y con ella los derechos de administración y usufructo que al padre corresponden sobre los bienes del peculio.

Pero cuando los derechos del padre procedan de un acto suyo, legítimo y voluntario, otorgado con condiciones recíprocas, bajo el antiguo régimen jurídico, la justicia manda respetarlo y mantenerlo, sin limitación alguna. Así, el padre que voluntariamente hubiese emancipado á un hijo, reservándose algún derecho sobre sus bienes adventicios, podrá continuar disfrutándolo hasta el tiempo en que el hijo debería salir de la patria potestad según la legislación anterior.

También tiene carácter en cierto modo excepcional del principio que domina en esta materia, la regla 10.ª que establece ciertas restricciones á la introducción inmediata del consejo de familia cuando la tutela estaba ya constituída ó constituyéndose al empezar á regir el Código. Siendo esta nueva institución enteramente desconocida en España, su establecimiento requiere temperamentos de lentitud y prudencia, si no ha de comprometerse su éxito. Por eso, aunque el Código, legislando para lo porvenir, dispone que los Jueces y Fiscales municipales procedan de oficio al nombramiento del consejo de familia si supieren que hay en su territorio alguna persona sujeta á tutela, la Sección entiende que este precepto no es aplicable sino á los menores ó incapacitados cuya tutela no estuviese definitivamente constituída al empezar á regir el Código, sin perjuicio de que, tanto en este caso como en el de estar funcionando el tutor, deberá nombrarse el consejo cuando lo solicite persona interesada, y siempre que deba ejecutarse algún acto que requiera su intervención. Mientras no vaya entrando en las costumbres la nueva institución, la iniciativa fiscal para promover su uso podría más bien perjudicarla que favorecerla. Por la misma razón, cuando la tutela estuviese ya constituída bajo el régimen de la legislación an-

terior, no se deberá proceder al nombramiento del consejo sino á instancia de cualquiera de las personas que tengan derecho á formar parte de él, ó del tutor; y seguramente no faltarán estas instancias, siendo tantos los casos en que los actos del menor ó de la administración de su patrimonio no pueden verificarse legalmente sin la intervención del consejo de familia. A estos casos, más que á la espontánea acción fiscal, se deberán con el tiempo la realidad y la práctica de la nueva institución.

Algo de excepcional ofrece también la regla 12 ª, la cual, después de prescribir que los derechos á la herencia de los fallecidos, con testamento ó sin él, antes de estar en vigor el Código, se rijan por la legislación anterior, y que la de los fallecidos después se reparta y adjudique con arreglo á aquél, dispone que se respeten las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su cuantía si de otro modo no se pudiese dar á cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según la nueva ley. La legislación anterior no reconocía porción legítima á los cónyuges ni á los hijos naturales, como lo hace la vigente, ni permitía al padre disponer libremente del tercio de su haber. E que hizo testamento válido bajo el régimen de aquella legislación, no pudo disponer, teniendo hijos, más que del quinto de sus bienes, ni mejorar á cualquiera de aquéllos en más del tercio de éstos Pero si murió después, rigiendo el Código, como por razón del tiempo en que ha ocurrido su muerte, resultará aumentada la parte disponible del testador y reducida, por tanto, la legítima y acrecentadas en su caso las mejoras, el testamento habrá de cumplirse reduciendo ó aumentando las porciones hereditarias si así fuere necesario, para que todos los partícipes forzosos en la herencia, según el nuevo derecho, reciban lo que les corresponde, conforme al mismo.

Aunque la Sección ha buscado detenidamente en el Código todos los casos de conflicto que puedan ocurrir entre sus disposiciones y las del antiguo derecho, y cree que todos los conocidos podrán resolverse por las reglas transitorios que quedan expuestas, le ha parecido conveniente prever otros casos que

puedan ocurrir en la práctica y no se hallen directamente comprendidos en aquélla. Si esto ocurriere, toca á los Tribunales decidir lo que á su juicio corresponda, pero no á su libre arbitrio, sino aplicando, según la regla 13.ª, los principios que sirven de fundamento á las demás transitorias.

Fuera de las enmiendas y adiciones que quedan indicadas, nada más ha tenido que hacer la Sección sino algunas correcciones de estilo, ó de erratas de imprenta ó de copia, cometidas en la primera edición del Código. Fácil será advertirlas comparando los textos adjuntos con los publicados, y así se verá que sus diferencias son tan poco importantes y sus motivos tan evidentes, que no es necesario llamar la atención sobre ellas.

Expuestas las consideraciones que preceden y dado á conocer en ellas lo que principalmente merece notarse en los trabajos á que se refieren y en el espíritu que los ha animado, cree la Sección deber dar aquí por terminado el encargo recibido.

Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 30 de Junio de 1889.—MANUEL ALONSO MARTÍNEZ, *Presidente;* FRANCISCO DE CÁRDENAS, SALVADOR DE ALBACETE, GERMÁN GAMAZO, HILARIO DE IGÓN, SANTOS DE ISASA, JOSÉ MARÍA MANRESA, *Vocales;* EDUARDO GARCÍA GOYENA, *Vocal auxiliar*.—Excelentísimo Sr. Ministro de Gracia y Justicia.

CÓDIGO CIVIL

TÍTULO PRELIMINAR

DE LAS LEYES, DE SUS EFECTOS Y DE LAS REGLAS GENERALES PARA SU APLICACIÓN

Nuestros Códigos antiguos comprendían cierto número de principios generales acerca de las leyes, pudiéndose citar á este propósito el Fuero Juzgo, las Partidas y las dos Recopilaciones, entre los más importantes.

Dicha práctica se hallaba justificada por la índole de obras legislativas de carácter general que revestían aquellos códigos; pero cuando se aplicaron á los mismos las reglas de la división científica y se formó un Código para cada rama del Derecho, hubo de examinarse cuál era el lugar propio y adecuado en que debieran consignarse los principios á que se refiere el epígrafe de este título preliminar.

Dos soluciones lógicas tiene este problema: ó bien los preceptos á que nos referimos se pueden comprender en la Consti-

tución política al regularse la función legislativa, ó bien deben ser objeto de una ley especial, puesto que se dictan para la aplicación de todos los códigos y aun de todas las disposiciones legales. De no seguirse una de estas dos soluciones resultará que en un Código civil, como en el español acontece, se ha de determinar quiénes están sometidos á las leyes penales.

A la última solución indicada se inclinó la Comisión del Tribunado al informar acerca del Código civil francés; pero no prevaleció su criterio, si bien no ofrece grandes inconvenientes, según dijo Trouchet, el que sirva de proemio al Código civil un título acerca de los efectos generales de las leyes, porque dicho Código puede considerarse como el peristilo de la legislación.

Este ejemplo han seguido todos los códigos civiles que conocemos, excepto el de Holanda y el reciente Código civil alemán, que ha suplido la ausencia del título preliminar por medio de una detallada *Ley de Introducción*, en que establece las disposiciones generales y de Derecho internacional privado, las transitorias, la relación entre el Código civil y las leyes del Imperio, y la relación entre el mismo y las leyes de los Estados particulares; faltan, sin embargo, en el Código alemán, las disposiciones generales sobre promulgación, aplicación, ignorancia de las leyes, etc., por considerarlas materias no exclusivas del Derecho civil ó por quedar abandonadas á la Ciencia y á la Jurisprudencia.

A primera vista, el Código de Portugal es también una excepción en la corriente introducida por el Código Napoleónico, y así lo ha dicho algún comentarista, puesto que su parte primera comienza con un libro único que tiene el siguiente epígrafe: *De la capacidad civil*. Examinando, sin embargo, detenidamente los artículos que comprende, se hallan varios, como los relativos á la igualdad de las leyes, á su efecto retroactivo, á la ignorancia de las mismas, etc., que demuestran que no se omite la materia á que hacemos referencia, sino que se trata de un error de clasificación.

No siguió tampoco la tradición legislativa á que hacemos

referencia el proyecto del Código civil italiano presentado por el ilustre Pisanelli; pero las Cámaras introdujeron un título preliminar de *Disposiciones sobre la publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general.*

Las materias comprendidas en el título preliminar suelen ser en casi todos los códigos las mismas que en el nuestro, aunque en algunos, como el novísimo Código civil suizo, se tiende á suprimir las reglas relativas al Derecho internacional privado, y en otros, v. gr., el de la República Argentina, se concede á la hermenéutica legal mayor importancia y desarrollo.

Examinando en conjunto este título del Código español, acaso la única dificultad práctica que puede presentarse es la de deslindar las reglas que tienen carácter y aplicación general y las que se relacionan exclusivamente con el Derecho civil, pues estas últimas, aunque redactadas en términos generales y estando contenidas en una ley posterior, entendemos que no pueden prevalecer en los casos en que se consigna expresamente la excepción y en que ésta se halla plenamente justificada.

Este es el mismo principio que sentó el Tribunal Supremo, señaladamente en la sentencia de 10 de Septiembre de 1864, determinando que, no obstante que en las disposiciones vigentes no estaba previsto el caso de que las leyes señalasen un plazo para empezar á regir distinto del establecido en aquéllas, dichas reglas de carácter general debían entenderse subordinadas á lo que en casos especiales dispusieran las leyes. Desarrollaremos esta somera indicación, al tratar de cada uno de los artículos á que puede hacer referencia.

El título preliminar ha obedecido á lo preceptuado en la base segunda de la ley de 11 de Mayo de 1888, en que se daba por supuesto que habían de determinarse en el Código civil los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para la aplicación de dicho Código, en la forma que al tratar de cada una de estas materias indicaremos.

En cumplimiento del art. 5.º de la ley mencionada, el título del preliminar Código, en cuanto establece los principios antes

expuestos, es obligatorio para todas las provincias del Reino, cuyo precepto transcribe el art. 12 del mismo Código.

ARTÍCULO 1.º

Las leyes obligarán en la Península, islas adyacentes, Canarias y territorios de Africa sujetos á la legislación peninsular, á los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa.

Se entiende hecha la promulgación el día en que termine la inserción de la ley en la *Gaceta* (1).

En su interpretación literal, se refiere el art. 1.º exclusivamente á los preceptos de carácter general y obligatorio que dictan las Cortes con el Rey, según la Constitución vigente.

Dos requisitos supone este artículo para que puedan obligar las leyes: 1.º, la sanción, y 2.º, la promulgación.

Ambas corresponden hoy al Rey, aunque son de naturaleza muy diversa, pues la sanción es el último acto de la función legislativa y la promulgación el primero de la ejecutiva. Es un principio evidente de derecho que no puede hacerse ejecutar lo que no se conoce.

Nuestro Código, al entender hecha la promulgación cuando la ley se ha publicado, evita la distinción sutil y las difíciles cuestiones de los comentaristas franceses, en especial de Portalis, que pretendían deslindar y conceder efectos distintos á la promulgación y á la publicación de las leyes; apartándose en este punto de la doctrina del Derecho romano de que coincidan ambos actos, que es el ideal en esta materia, como dice el ilustre civilista Laurent.

---

(1) La redacción de este artículo en la primera edición oficial, que ha sido corregida por la vigente, que nos sirve de texto, era la siguiente:

«Las leyes obligarán en la Península, islas Baleares y Canarias, á los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa.

»Se entiende hecha la promulgación el día en que termina la inserción de la ley en la *Gaceta oficial*.»

Para llevar á la práctica el principio de que la ley no puede ser obligatoria si no es conocida, como esta circunstancia no puede conseguirse en absoluto, ni es posible probarla respecto á cada individuo, ha sido preciso establecer una presunción.

En las naciones en que la mayoría no sabe leer, aun contando con la propaganda que hace hoy la prensa periódica de las disposiciones legales contenidas en la *Gaceta*, la presunción tiene débiles fundamentos, y como dice Portalis, se tiende más que nada con esta presunción *juris et de jure* á señalar una época cierta desde la cual se reputa que la ley es conocida por todos.

Al fijar esta época han discrepado los autores y los Códigos. Prescindiendo de los medios de promulgación anteriores á la imprenta, se han dividido las opiniones, en el punto concreto que examinamos, entre los sistemas de la progresión y de la simultaneidad.

El primer sistema, que sólo hace obligatorias las leyes á medida que llega su conocimiento á cada comarca, en proporción á su distancia de la capital, parece más conforme con la naturaleza de las cosas; pero establece la desigualdad en la nación.

Seguía este sistema nuestra ley de 28 de Noviembre de 1837, al disponer que las leyes fuesen obligatorias para cada capital de provincia desde el día en que se publicaran oficialmente en ella y desde cuatro días después para los demás pueblos de la provincia.

Entre las leyes extranjeras, adoptan el sistema progresivo el Código de Napoleón y los de la República Argentina, Méjico y Chile.

El sistema contrario, á cambio de pretender una simultaneidad ficticia, si bien cada vez se ajusta más á la real con el aumento de las comunicaciones, se dice que establece la igualdad en toda la Nación. Esto es cierto, si bien no consideramos que sea razón decisiva para que se adopte en nuestra patria el que en un mismo momento se permita en una provincia lo que en otra se prohibe, cuando esto acontece á cada paso, admitido el Derecho foral y la legislación ultramarina. La principal venta-

ja de este procedimiento y el motivo de haber sido preferido, está indudablemente en la sencillez de su aplicación.

Aceptan este sistema, entre otros, los Códigos de Italia, Bélgica, Holanda, Uruguay y Costa Rica.

El nuestro, al establecer la uniformidad en este punto, señala un plazo superior á los de Bélgica (diez días) é Italia (quince), é igual al de Holanda.

La Constitución del Imperio alemán, en su art. 2.°, prescribe que las leyes entran en vigor quince días después de su publicación en el periódico oficial (*Reichsanzeiger*), á no disponer ellas mismas otro término.

Haciendo aplicación del art. 7.° del Código y de los principios generales sobre términos jurídicos, es indudable que los días han de ser naturales ó de veinticuatro horas, que no debe contarse el día de la publicación de la ley y sí el último del plazo. De suerte, que empezarán á ser obligatorias las leyes el día vigésimo de su publicación, cuya doctrina sienta Mr. Laurent, salvo la diferencia de plazos, respecto al Código francés, apoyándose en la interpretación literal del artículo correspondiente.

Según permite de una manera expresa el artículo que estamos comentando, el legislador tiene facultad para alterar los plazos establecidos.

Puede, en efecto, ser conveniente que una ley empiece á regir antes de los veinte días, lo que acontece, por ejemplo, con las relativas al orden público, y en este caso el legislador acortará aquel plazo. El límite mínimo se fija con precisión en la ley holandesa de 15 de Mayo de 1829, pues en ella existe el precepto de que ninguna ley es obligatoria, mientras no haya sido legalmente promulgada (1); pero en España, si bien existe este principio implícito en nuestras leyes, no se halla consignado de una manera expresa, y el legislador, usando de la amplísima facultad que le concede el artículo 1.° del Código, puede

(1) Véase la obra *Les Codes neerlandais,* traduits par Mr. Gustavo Tripels: Maestrich, 1886.

señalar, aunque es muy poco probable el caso, que una ley empiece á regir, no ya desde la fecha de la sanción, como hizo respecto á la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820, sino desde una época anterior, aunque no sería necesario, puesto que por el art. 3.º puede darle efecto retroactivo, y es este un medio menos violento que el anterior y más en armonía con el régimen constitucional, para conseguir el mismo resultado.

Respecto á las leyes penales, las facultades del legislador están más restringidas, puesto que el Código penal vigente establece en su art. 22 que «no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior á su perpetración».

Entendemos también que la facultad concedida al legislador es tan omnímoda, aunque no sea conveniente que se use mucho de ella convirtiendo en excepción la regla general, que podría en caso necesario aplicar el sistema progresivo, declarando obligatoria una ley en la capital desde su promulgación y señalando un plazo distinto para las restantes provincias.

Otras veces convendrá dilatar el término legal, cuando se trate de una disposición que requiera detenido estudio ó que introduzca gran alteración en el régimen existente y exija mucho tiempo su planteamiento. Sin necesidad de acudir á ejemplos antiguos, que los hay en gran número, puede citarse con este objeto la ley de 11 de Mayo de 1888 fijando las bases para la publicación del Código civil, que disponía que este Código no empezase á regir hasta cumplirse los sesenta días siguientes á aquél en que se diera cuenta á las Cortes de su publicación y cuyo plazo podía, por razones de utilidad publica, declararse prorrogado, como se ha hecho.

Siempre, según dice el artículo, y como era lógico, una vez adoptado el sistema de la simultaneidad, se cuenta el plazo desde la publicación de la ley en la *Gaceta de Madrid*, careciendo hoy de toda importancia legal su inserción en los *Boletines oficiales* de las provincias, aunque sea ésta de gran utilidad.

El *Diario oficial* es para este objeto el medio más convenien-

te, y así lo demostró el ejemplo de Francia, que por decreto-ley de 5 de Noviembre de 1870 le sustituyó para el efecto de la promulgación de las leyes al *Boletín* de las mismas, que se publicaba con retraso y en épocas indeterminadas, y es preferible el sistema adoptado por nuestro Código al de Italia, que dispone que se inserten las leyes en la *Colección oficial* y que se anuncie dicha inserción en la *Gaceta*.

Aunque pocas, en alguna ocasión acontece que las disposiciones han de publicarse en dos veces para presentarlas depuradas de erratas de imprenta. Así se hizo, por ejemplo, con el Tratado de comercio y navegación celebrado con Rusia, que se reprodujo en la *Gaceta* de 20 de Junio de 1888, subsanándose las equivocaciones con que había aparecido en la del 19. Evidentemente, en este caso la publicación de la ley no debe considerarse terminada hasta que se ha insertado íntegra en la forma en que debe regir.

Cuando estas correcciones se hacen con posterioridad á la fecha en que ha empezado á ser obligatoria la ley, como tienen en cierto modo el carácter de reforma de la misma, no parece justo que rijan para casos anteriores á su publicación.

Análogo principio estableció el Tribunal Supremo al no aplicar las reformas del Código penal de 1870, hechas por el Real decreto de 1.º de Enero de 1871, á los que delinquieron con anterioridad á esta fecha, no obstante que en dicha disposición se decía que no se alteraba sustancialmente el texto del Código.

El art. 1.º se refiere únicamente á las leyes, pero existen otros preceptos de carácter general y obligatorio que interesa saber desde cuándo obligan, como son los tratados y las disposiciones del Poder ejecutivo.

Respecto á los tratados, no existen grandes dificultades, puesto que en ellos se determina la fecha en que deben empezar á regir, la que sería preferible que fuese siempre la de su publicación.

En cuanto á las disposiciones de carácter general emitidas por el Poder ejecutivo, como nada dice el Código acerca de ellas

y en su art. 6.° ordena que á falta de ley ha de acudirse á los principios generales del derecho, parece que, por analogía, debe aplicarse á dichas disposiciones lo preceptuado acerca de las leyes en el art. 1.°, como hacen de una manera expresa los Códigos de Méjico y Guatemala.

El Tribunal de lo Contencioso-administrativo tiene declarado con relación al artículo que comentamos, que las leyes de Presupuestos no rigen desde los veinte días de su publicación, sino desde el principio del año para que se dictan, aunque sólo se publiquen con un día de anticipación, por lo cual no les es aplicable el precepto del art. 1.° del Código civil. (Sentencia de 30 de Abril de 1900.)

En otra, fecha 22 de Junio-19 de Julio de 1901, expresa el mismo Tribunal, que la ley de 1.° de Junio de 1898, prohibiendo la exportación de la plata, por atender á un motivo urgente, circunstancial y transitorio, rigió desde su publicación, y no á los veinte días, siendo inaplicable el citado art. 1.°

Resta examinar una cuestión de verdadera importancia. Como el art. 1.° circunscribe á la Península y demás territorios nacionales los efectos de la promulgación de las leyes, y el artículo 9.° dispone, como veremos más adelante, que las relativas á los derechos y deberes de familia, ó al estado, condición ó capacidad legal de las personas obligan á los españoles, aunque residan en país extranjero, se ofrece la siguiente duda: ¿desde qué época serán obligatorias para los españoles que residan fuera de España las leyes promulgadas en ella? Y como la cuestión en que se suscite esta duda puede estar planteada ante tribunales españoles ó ante tribunales extranjeros, es preciso examinar separadamente ambos casos.

Respecto al primero, como los tribunales españoles, á falta de texto expreso, deben acudir á los principios generales del derecho y es uno de ellos que la ley no puede obligar mientras no sea conocida, para presumir la época en que ha podido serlo por el nacional residente en el extranjero, no existe otro medio que el criterio de los tribunales. A esta solución se inclina, en cuan-

to á Francia, el distinguido comentarista Demolombe en su *Cours de Code Napoleon.*

Cuando el pleito se sigue ante tribunales extranjeros, aquella cuestión se resuelve fácilmente, puesto que hoy domina en la jurisprudencia internacional el principio de que las partes deben probar las leyes extranjeras vigentes en su patria, que los tribunales aprecian como otra cuestión de hecho cualquiera, aplicando en defecto de esta prueba, su derecho nacional (1).

Como jurisprudencia relativa al art. 1.º es de gran interés la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Mayo de 1907. Expresa esta sentencia que atendidos los términos en que está redactado el art. 1.º del Código civil, en el cual se dispone que las leyes obligarán á los veinte días de ser promulgadas, si en ellas no se dispone otra cosa, y por no ser la promulgación sino el conocimiento de la ley dado para que aquellos á quienes comprenda deban atemperar sus actos á lo por la misma ordenado, es preciso entender que el citado precepto solamente se refiere á las leyes imperativas ó prohibitivas, esto es, á las que contienen obligación ó prohibición que no puedan eludirse, no á las permisivas, ó sea á las que establecen un derecho ó facultad de los que pueda libremente hacerse uso, ya que el vocablo «obligarán» implica institución de preceptos, no concesión de facultades, para las que, cuando no haya perjuicios de derechos preestablecidos, únicamente es necesario que la ley las haya ya otorgado al tiempo de ser ejercidas. Atendidas estas razones, se declaró válido un testamento ológrafo otorgado en papel común el mismo día en que se promulgó la ley reformando el artículo 688 del Código civil en el sentido de no ser necesario el uso del papel sellado en dicha clase de testamento.

---

(1) Véase acerca de este particular los Códigos de Berna, Friburgo, la República Argentina y Costa Rica, y la jurisprudencia de Alemania (sentencia de 28 de Julio de 1872), de Francia (sentencias del Tribunal del Sena, 17 Abril y 18 Julio 1885), de Inglaterra (sentencia de 1875), de los Estados Unidos (sentencia de Luisiana de 1858 y 1865) y del Tribunal de Alejandría de Egipto (sentencia de 14 de Junio de 1876).

Respecto á nuestra patria, puede citarse sobre esta materia la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Enero de 1885.

ARTÍCULO 2.°

La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

Este artículo es consecuencia directa del anterior, tanto es así que el Código civil de Costa-Rica, que empezó á regir el 1.° de Enero de 1888, comprende ambas disposiciones en uno solo.

En efecto, según antes indicamos, el art. 1.° parte de la presunción *juris et de jure*, de que las leyes en el plazo prefijado son conocidas por todos los que han de cumplirlas, y en su consecuencia, obligatorias.

Sin duda por esta razón, no se halla ningún precepto análogo al que comentamos en los Códigos de Francia, Holanda, Italia y el Perú.

Hay preceptos expresos, análogos al del art. 2.° de nuestra ley civil, en los Códigos de Guatemala, Chile, Méjico y Argentina, entre otros muchos. En el último de los citados se hace la salvedad de admitirse las excepciones que autorice expresamente la ley.

Respecto á precedentes en nuestra patria, las leyes de Partida dijeron que «excusar non se puede ninguno de las penas de las leyes, por decir que las non sabe» (1); pero siguiendo los principios del Digesto, exceptuaron á los menores de doce y catorce años, según se tratase de hembras ó varones, á los caballeros estando en la guerra, excepto en algunos delitos, á los aldeanos que labran la tierra ó moran en lugares despoblados, á los pastores que vagan por yermos y montes y á las mujeres que viviesen en lugares semejantes (2). Leyes posteriores comprendidas en el tít. 2.°, libro 3.° de la Novísima Recopilación, dispusieron que «ninguno piense de mal hacer, porque diga que no sabe las leyes ni el derecho; ca si hiciere contra ley, que no se

---

(1) Ley 20, tít. 1.°, Partida 1.ª
(2) Ley 21, tít. 1.° de la misma Partida.

pueda excusar de culpa por no la saber»; cuya ley se ha considerado que derogó las citadas de las Partidas, inclinándose la jurisprudencia en este sentido.

A pesar de la terminante disposición del art. 2.º se han suscitado por los autores dudas muy fundadas acerca de si es posible admitir excepciones.

El art. 1.º es indudable que se funda en el interés general y que procura cuando menos la posibilidad de que las leyes sean conocidas, á cuyo efecto calcula el plazo necesario para que lleguen á todas las comarcas en que deben cumplirse. Si en algún caso se demuestra de una manera patente que una inundación, la guerra ó bien otra causa análoga, impidió que el periódico oficial llegase á una provincia, no existiendo, por tanto, posibilidad material de conocer la ley y no tratándose aquí de ningún interés meramente individual, parece injusto aplicar á este caso extraordinario el artículo que examinamos. Así lo establece el Código chileno, si se prueba la interrupción de las comunicaciones, y con esta doctrina están conformes Toullier, respecto al Código civil francés, y el Sr. García Goyena, al comentar el artículo exactamente igual á éste que contenía el Proyecto de 1851. La dificultad estriba en que no es posible dar forma legal á esta interpretación, por haber atendido principalmente el Código á evitar el abuso que pudiera producir una interpretación extensiva.

De más fácil solución es otro caso relativo al Derecho de Cataluña que indica el Sr. Puig-Samper (1). Es sabido que la ley 7.ª, tít. 6.º, *De juris et facti ignorantia*, libro 22 del Digesto, establecía que la ignorancia del derecho no aprovecha á los que quieren adquirir, pero no perjudica á los que piden lo que es suyo. Esta ley se ha venido aplicando en Cataluña en concepto de derecho supletorio. El art. 2.º, literalmente interpretado, se refiere sólo á las leyes imperativas y prohibitivas, no á las per-

(1) El Código civil español y el Derecho civil de Cataluña (tomo 1.º).—Mataró, 1889.

misivas, puesto que dice que la ignorancia de ellas no *excusa de su cumplimiento,* cuya expresión parece referirse á la falta de cumplimiento de un precepto, sea positivo ó negativo. Y, por último, según veremos más detenidamente al comentar el artículo 12, las disposiciones del título preliminar son obligatorias en todas las provincias, pero *en lo demás* seguirá rigiendo su actual legislación. No siendo en rigor la ley del Digesto antes mencionada opuesta al art. 2.º del Código, sino complementaria del mismo, puede suscitarse con algún fundamento la duda de si ha quedado vigente en Cataluña. Como procuramos inspirarnos en la mayor imparcialidad al examinar todas las cuestiones, no terminaremos el estudio de ésta sin indicar que la ha resuelto en sentido negativo el ilustrado catedrático Sr. Falcón en sus *Comentarios al Código civil.*

Como jurisprudencia que aplica este artículo, podemos citar, antes de regir el Código, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 1861, 9 de Mayo y 18 de Diciembre de 1867, según las cuales los perjuicios que sobrevienen á las partes contratantes por ignorar los preceptos legales, sólo son imputables á las mismas, porque la ignorancia del derecho á nadie excusa, ni favorece, ni puede servir de pretexto para anular lo convenido.

Después del Código civil, el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de Mayo de 1896, fundándose en el art. 2.º que comentamos, declara que son reos de hurto los albañiles que, trabajando en una casa, encuentran un tesoro, ocultan su hallazgo y se reparten la totalidad de él, sin que pueda excusarles ni favorecerles la ignorancia del art. 351 del Código civil.

ARTÍCULO 3.º

Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.

Así la irretroactividad de las leyes como la excepción á este principio en casos justificados, son reglas de derecho general-

mente admitidas. Es consecuencia la primera de la necesidad de conocer las leyes para cumplirlas, impidiéndose la arbitrariedad del legislador, y la segunda, de que sería absurdo que se respetasen derechos derogados por ser esencialmente injustos, aunque es preciso proceder en este punto con gran parsimonia, y las conveniencias sociales generalmente aconsejan prudentes medidas de transición.

Son excepción de la regla general en esta materia la ley citada de Holanda de 1829 y los Códigos civiles de la República Argentina, del Uruguay y del Perú, que consagran el principio de la irretroactividad absoluta.

La ley de Introducción del Código civil alemán ha introducido muchas derogaciones al principio de no retroactividad de las leyes, de suerte que las derogaciones llegan casi á constituir la regla general; en materia de contratos se mantiene, no obstante, la no retroactividad en toda su pureza.

Aunque el artículo que comentamos es á primera vista muy sencillo, á poco que se medite en su aplicación surgen numerosas dudas, que deben resolverse, en la parte relativa al derecho civil que es donde ofrecen mayores dificultades, al examinar las disposiciones transitorias para la aplicación de este Código.

Respecto á las leyes de interpretación, creemos que deben retrotraerse sus efectos á la época en que empezó á regir la ley que interpretan, según dispone el Código de Colombia, á no ser que, como algunas veces acontece, la alteren esencialmente con este pretexto, según vimos al comentar el anterior artículo, ó que, como previene el Código portugués, perjudiquen derechos adquiridos.

En cuanto á las leyes procesales, generalmente el legislador permite la elección entre el derecho anterior y el reformado, durante un plazo prudencial, á aquellos que están sometidos á un procedimiento cuando se promulga la última ley y aquél resulta alterado radicalmente. En otro caso, impone desde luego los nuevos preceptos, pues como los cree más perfectos y que pro-

tegen mejor los derechos de todos, no considera adquirido por nadie el derecho á no ser protegido. Sólo debiera emplearse el principio de la irretroactividad cuando perjudica verdaderamente un derecho adquirido, lo que acontecería, por ejemplo, si suprimiese un medio de prueba que fuese el único que pudiera utilizar una parte y ésta lo hubiera preestablecido, ajustándose á la ley vigente en la época en que se verificó el acto á que se refiere.

En derecho penal, aunque el legislador quiera, no puede ser castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior á su perpetración, y, en cambio, las leyes penales tienen siempre efecto retroactivo en cuanto favorecen al reo (1), sin necesidad de que el legislador disponga nada en este sentido. Por esta razón, el Código civil de Colombia, al sentar el principio de la irretroactividad de las leyes, establece la excepción de las que tienen carácter penal en cuanto disminuyen la pena, precepto de menor alcance que el de nuestro derecho positivo. La segunda parte del art. 3.° deja á salvo el criterio del Código penal.

Según la interpretación que hemos adoptado para casos semejantes, el principio de la irretroactividad debe aplicarse por analogía, lo mismo que á las leyes, á las disposiciones del Poder ejecutivo, como dispone expresamente el Código civil de Italia.

Aplicación de la doctrina de este artículo son las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Marzo y 26 de Mayo de 1877, 14 de Febrero de 1896, 4 de Mayo de 1903 y otras muchas.

En 16 de Octubre de 1900 declaró el Tribunal de lo Contencioso-administrativo que los recargos de guerra y transitorio sobre el impuesto de derechos reales no pudieron aplicarse á las sucesiones causadas antes de la fecha de su establecimiento, porque con arreglo al art. 3.° del Código civil, las leyes no tienen efecto retroactivo si no disponen lo contrario.

Insiste el mismo Tribunal en esta sana doctrina en la sen-

---

(1) Código penal, arts. 22 y 23.

tencia de 4 de Diciembre de 1900, añadiendo que aun suponiendo que la Real orden de 29 de Junio de 1898 sobre esta materia quisiera decir otra cosa, nunca podría prevalecer su criterio contra el texto expreso de la ley, ya que las leyes sólo se derogan por otras leyes.

Insisten en igual doctrina las sentencias del mismo Tribunal de 4 de Octubre y 4 de Noviembre de 1902.

En 19 de Noviembre del mismo año aplica de nuevo dicho Tribunal el art. 3.° del Código civil, estableciendo que las pensiones del Montepío de Correos, á que se refiere el art. 28 de la ley de Presupuestos de 30 de Junio de 1895, no pueden concederse á las viudas y huérfanos de los empleados de dicho ramo fallecidos antes de esa fecha.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Noviembre de 1902, declara que, vigente en Navarra el art. 64 del Código, está subordinado á la condición establecida en el 168, aplicable como ley general, por lo cual l contraer una madre segundo matrimonio después de regir el Código civil, perdió la patria potestad sobre sus hijos con todas sus consecuencias, lo que no contradice el precepto del art. 3.°, porque no implica efecto alguno retroactivo dado á la ley.

A pesar de lo dispuesto en el art. 3.° del Código, las disposiciones transitorias dan efecto retroactivo á las disposiciones del mismo en lo tocante á la duración de las acciones y derechos nacidos y no ejercitados con anterioridad á su publicación, doctrina aplicable con más razón á la prescripción, con arreglo á lo prescrito en el art. 1939. (Sentencia de 31 de Enero de 1903.)

Con arreglo á lo preceptuado en el art. 3.°, el 581 del Código no tiene aplicación á servidumbres anteriores á él. (Sentencia de 3 de Marzo de 1905.)

El art. 119 del Código no puede aplicarse á hijos nacidos antes de regir dicho Cuerpo legal. (Sentencia de 9 de Abrilde 1904.)

Al comentar las disposiciones transitorias del Código civil, examinaremos la copiosa jurisprudencia sentada con relación á cada una de ellas.

ARTÍCULO 4.°

Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez.

Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, á no ser esta renuncia contra el interés ó el orden público, ó en perjuicio de tercero.

Es tan evidente la nulidad de los actos ejecutados contra lo dispuesto en las leyes prohibitivas y preceptivas, únicas á que puede referirse la primera parte del presente artículo, que no existe en nuestra legislación precepto alguno que consigne con carácter general este principio, aunque sí hay muchos que declaran en concreto la nulidad de determinados actos. Sin duda por esta misma razón muchos Códigos extranjeros no presentan un artículo igual á éste. Alguna analogía ofrece, sin embargo, en este punto el nuestro con los de Francia, Portugal, Holanda, Méjico, Chile y Guatemala.

Decíamos antes que sólo puede referirse á las leyes prohibitivas y preceptivas, porque es indudable que en las permisivas y supletorias, por lo mismo que facultan para ejercitar ciertos actos, ó suplen la expresión de la voluntad, no es posible ir contra ellas. Téngase presente que la segunda parte del artículo se refiere, principalmente, á las leyes permisivas. Respecto á las preceptivas de actos positivos, cuando se violan con omisiones, no existe evidentemente materia para la nulidad; pero sí la hay en el caso de verificarse los actos en forma distinta de la preceptuada.

Dentro de los actos nulos los hay de dos clases, como dice Laurent, unos nulos *ipso facto* y otros *anulables*, y sería preciso que el legislador los determinase en cada caso con la mayor claridad. ¿Quién puede pedir la declaración de nulidad? Por regla general los que tienen interés en que ésta se declare.

El art. 4.° sienta un principio tan general en la primera par-

te de su párrafo primero, que se relaciona con otros muchos del Código civil y con todas las disposiciones legales, por lo que no es raro verle citado en multitud de sentencias y resoluciones. La jurisprudencia en este punto tiene una importancia relativa, porque siempre resuelve cuestiones que se relacionan más directamente con otro precepto especial. Sin embargo, citaremos brevemente algunas resoluciones.

La orden de la Dirección general de los Registros de 28 de Diciembre de 1900 determina que, impuesta por el legislador á los que profesan la religión católica y quieran contraer matrimonio la forma y requisitos establecidos por la legislación canónica, es evidente que los funcionarios del Estado no pueden acceder á las pretensiones de los que solicitan la celebración del matrimonio en la forma meramente civil que ordena el Código, sin que los futuros contrayentes aseguren bajo su palabra que no profesan aquella religión, y que por este motivo no vienen tampoco obligados á observar la forma canónica, á fin de evitar la responsabilidad que en caso contrario pudiera exigírseles autorizando actos de tanta transcendencia que adoleciesen del vicio de nulidad, con estricta sujeción al art. 4.º del Código civil.

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1900 declara nulo un testamento ológrafo, cuya fecha es falsa, por no constar, contra el precepto del art. 688, el año, mes y día exactos en que se otorgó.

La de 25 de Noviembre de 1902 se funda en los arts. 4.º y 695 para declarar nulo otro testamento en que no constaba expresamente la voluntad de testar de la testadora, habiendo sido redactado mediante instrucciones facilitadas por tercera persona.

La Resolución de la Dirección general de los Registros de 27 de Noviembre de 1900 considera nulo el pacto de comunidad universal entre cónyuges, como contrario á las Costumbres de Tortosa, y que envuelve una donación.

La sentencia de 10 de Mayo de 1899 declara esencialmente personales, y, por tanto, no delegables ni susceptibles de mandato, las funciones de los vocales del consejo de familia.

La Resolución de 24 de Diciembre de 1900 se refiere á particiones nulas.

La de 15 de Noviembre de 1897 estima nulas las enajenaciones de inmuebles hechas por menores de edad sin el consentimiento de su padre, madre ó tutor.

La de 27 de Enero de 1900 declara que al vender con pacto de retro un padre bienes de sus hijos menores, mediante autorización judicial, que sólo le faculta para vender, realiza un acto nulo, por no hallarse facultado para el acto que lleva á efecto.

Según la de 12 de Febrero de 1903 no es ilegal ni contrario al art. 4.° el hecho de remover á un tutor de su cargo el consejo de familia, fundándose en su negligencia y abandono.

Tampoco es nula, según declara la de 19 de Mayo de 1905, la designación ó apoderamiento por medio de oficio para asistir á la Junta de parientes que debe preceder á la constitución del consejo de familia, pues no existe precepto alguno que exija para ello documento público.

Es nula la aprobación por el consejo de familia de unas particiones en que interviene un tutor sin fianza, por no bastar á dar validez á un acto contrario á la ley. (Sentencia de 1.° de Julio de 1906.)

Es nula la ratificación por una persona de un contrato que otorgó siendo menor. (Resolución de la Dirección de los Registros de 27 de Enero de 1906.)

Pueden también consultarse sobre otros casos particulares las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de Enero de 1900, 20 de Febrero de 1897, 21 de Febrero de 1899, dos de fecha 15 de Enero y otra de 10 de Abril de 1901, dos de 8 de Julio de 1903, otra de 17 de Noviembre del mismo año, las de 11 de Mayo y 5 de Octubre de 1904, la de 18 de Enero de 1910 y la de 5 de Julio de 1911; las de la Sala tercera del mismo Tribunal de 24 de Junio de dicho año, y 28 de Febrero y 21 de Junio de 1905; las Resoluciones de la Dirección de los Registros de 6 de Abril de 1900, 10 de Agosto de 1902, 19 de Febrero de 1904, 20 de Abril de 1906, 6 de Febrero de 1909 y 16 de Abril del

mismo año y las sentencias del suprimido Tribunal Contencioso-administrativo de 7 de Marzo de 1901 y 3 de Junio de 1903.

La prescripción que comentamos tiene una segunda parte: salvo los casos en que la misma ley ordenare su validez. En estos casos se trata siempre de la falta de requisitos no esenciales que si ocasionaran la nulidad del acto, sería ésta más desventajosa que su validez. Así acontece, por ejemplo, en el matrimonio celebrado por la viuda durante los trescientos un días siguientes á la muerte de su marido y en el del tutor con las personas que tenga ó haya tenido en su guarda hasta que fenecida la tutela, se aprueben las cuentas de su cargo. Pero si bien reconoce el legislador la validez de dichos actos, los priva de ciertas ventajas como la libertad en las capitulaciones matrimoniales, adopta disposiciones que tienden á conseguir el mismo objeto que la prohibición quebrantada, v. gr., no concediendo al tutor la administración de los bienes de su pupila durante la menor edad de ésta, y, según la gravedad y carácter de la perturbación jurídica, caen, además, bajo la sanción del Código penal, lo que acontece respecto á la viuda que se casa antes del tiempo fijado por la ley.

A veces se hace depender la validez del consentimiento de la voluntad de la persona á quien directamente interesa la nulidad. En efecto, el art. 102 de este Código, dispone que caduca la acción de nulidad y se convalida el matrimonio contraído por error, si los cónyuges hubiesen vivido juntos durante seis meses después de desvanecido, y el 62, que se convalida la compra de joyas, muebles y objetos preciosos hechos por la mujer sin licencia del marido, si éste le ha concedido el uso y disfrute de tales objetos.

La ley en algunas ocasiones declara la nulidad del acto; pero reconoce la validez de sus efectos. Esto acontece con el matrimonio contraído de buena fe que sea declarado nulo, y aun habiendo intervenido mala fe, respecto á los hijos. Aunque el legislador no establezca la forma en que un acto nulo se convalida, lo será siempre que no se reclame su nulidad. En efecto: es re-

gla general que la declaración de nulidad de los actos se verifica á instancia de parte, hasta el punto que la Corte de Casación de Francia ha afirmado que la ley no reconoce la nulidad de pleno derecho (1). Esta doctrina deriva de que el legislador procura garantir el interés de los particulares y entiende que de aquél nadie es mejor juez que los interesados, sean éstos los que se relacionan con dicho acto, sean todos los ciudadanos, según los casos. Por lo tanto, si no se ejercita la correspondiente acción de nulidad, y en último término, cuando ésta ha prescrito, el acto á que se refiere aquélla es válido, aunque se haya ejecutado contra lo dispuesto en la ley; y sin que ésta ordene su validez más que de una manera indirecta.

La segunda parte de este artículo se ocupa de una materia distinta de la anterior, las renuncias.

El derecho ofrece dos aspectos: la pretensión y la obligación, ó sea lo que generalmente se denomina el derecho y el deber, aunque son ambos manifestaciones del derecho. Respecto á la renuncia del deber, no cabe discusión: son términos antitéticos. Esto no quiere decir que no sea posible eximirse de una obligación inherente á un derecho al renunciarse éste, lo que puede acontecer cuando se repudia una herencia, y también tratándose de servidumbres, si siendo varios los dueños de predios dominantes, uno la renuncia en provecho de los demás, en cuyo caso no viene obligado á contribuir á los gastos que ocasionen las obras que sea preciso practicar en el predio sirviente para el uso y conservación de dicha servidumbre (2).

En cuanto á la renuncia del derecho, si bien no se concibe que el hombre renuncie á sus fines y en consecuencia á su derecho, puede hacerlo de las manifestaciones concretas del mismo. Así no podrá renunciar nunca á su derecho á la vida; pero sí á determinadas prestaciones que no se refieran esencial ó impres-

---

(1) Sentencia de 7 de Diciembre de 1886 sobre nulidad de un contrato de matrimonio, confirmando la del Tribunal civil del Sena de 31 de Julio de dicho año.

(2) Artículo 544.

cindiblemente á la conservación de ella. Por esto admite el Código la repudiación de una herencia y no una renuncia del derecho de prescribir para lo sucesivo (1), y por esto también la renuncia general de derechos en las transacciones, se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que aquélla ha recaído (2).

La doctrina establecida en estos dos casos concretos, entendemos que debiera servir para todos y que sería conveniente que los notarios, que aun observan la práctica de poner gran número de cláusulas de renuncia y de hacer éstas en términos generales, se limitaran á consignar las que imprescindiblemente exija el acto que autorizan.

Nuestros códigos antiguos admitieron indirectamente la renuncia, al prohibirla en algunos casos; pero ninguno la consignó explícitamente como el que comentamos.

Desde luego se comprende que sólo puede renunciar un derecho el que lo tiene ó puede tenerlo. Este derecho ha de ser concedido, ó lo que para este caso significa lo mismo, reconocido por las leyes, comprendiendo en estas las disposiciones de carácter general dictadas por el Poder ejecutivo, porque donde existe la misma razón, debe haber igual disposición. De lo contrario, podría renunciarse contra el interés y el orden público, ó en perjuicio de tercero, un derecho concedido por un reglamento de policía, pues de interpretarse literalmente este artículo, no había precepto alguno que lo prohibiera. En algunos casos no se permite la renuncia condicional, como acontece en la acción concedida al donante por causa de ingratitud, que no puede renunciarse anticipadamente (3), y en la repudiación de la herencia hecha antes de que el que la hace esté cierto de la muerte de la persona á quien haya de heredar y de su derecho á la herencia (4). Es, además, preciso que el que renuncie tenga capacidad,

(1) Artículo 1935.
(2) Artículo 1815.
(3) Art. 652.
(4) Art. 991.

y por esta razón, la repudiación de herencias—cuya doctrina puede tener aplicación general en esta materia—debe hacerla el tutor autorizado por el consejo de familia, si se trata de menores, y si de una mujer casada, es necesaria la autorización del marido, ó en su defecto, la aprobación judicial. En algunos casos exige el derecho que se haga la renuncia de buena fe, y presume cuando ésta no existe, v. gr., al determinar los modos de extinguirse la sociedad (1).

La forma en que las renuncias deben hacerse no se halla establecida en un precepto aplicable á todas. Es más: no siempre requieren requisitos extrínsecos especiales, pues establece el Código la renuncia *tácita* de la prescripción (2). En general se puede decir que cuando la renuncia tiene carácter oneroso, parece natural observar las formas de los contratos, y si es de una herencia, debe hacerse en instrumento público ó auténtico ó por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaría ó del abintestato (3). Respecto á la renuncia de la anotación preventiva hecha por los legatarios, véase el art. 49 de la ley Hipotecaria.

Con relación á esta parte del art. 4.°, ya antes del Código estaba declarado que la renuncia de derechos debía hacerse de una manera clara y precisa para surtir efecto legal (sentencia de 8 de Julio de 1887); y que renunciado un derecho particular, no puede presumirse renunciado también otro distinto, y mucho menos, los que el interesado, al renunciar, ignoraba que le correspondiesen. (Sentencia de 11 de Marzo de 1864).

En sentencia de 10 de Octubre de 1895 declara el mismo Tribunal, que el demandante que desiste de su demanda obligándose á pagar las costas causadas, queda obligado á abonar también las que se originen después hasta que se acuerde el desistimiento, por lo que al acordarse otra cosa distinta, se infringe

(1) Artículos 1705 y 1706.
(2) Art. 1935.
(3) Art 1008.

el art. 4.° del Código concediendo á ese demandante derechos á que había expresamente renunciado.

La sentencia de 26 de Diciembre de 1901 decide que el heredero ó legatario que ha aceptado la herencia ó legado, no puede impugnar la validez del testamento, porque aquella aceptación implica una renuncia del derecho de atacar las disposiciones testamentarias.

La de 5 de Junio de 1908 declara válida con arreglo al segundo párrafo del art. 4.° del Código, la renuncia hecha por el viudo de su cuota vidual.

También se refiere á esta parte del art. 4.° la sentencia de 26 de Junio de 1903 y la Resolución de la Dirección de los Registros de 23 de Noviembre de 1910.

Las últimas palabras de dicho artículo prohiben la renuncia de los derechos cuando es contra el interés ó el orden público ó en perjuicio de tercero (1). Refiriéndose Mourlon en sus *Répetitions sur le Code Napoleon* á las frases el orden público y las buenas costumbres, que con un objeto análogo al de este artículo emplea el Código francés, dice que estas cosas se sienten mejor que se definen. Domat cita á este propósito las leyes del Estado, lo referente á la organización política, á la policía de las ciudades, etc., pero se comprende perfectamente que toda definición en esta materia ha de pecar de vaga y toda enumeración de incompleta. En este punto discurre á nuestro juicio, con buen acierto, el ilustrado Profesor de Burdeos, Mr. Despagnet, al distinguir el orden público internacional del orden público interior, y al aceptar como criterio para separarlos, la opinión del ilustre Savigny. Según este eminente jurisconsulto, existen leyes absolutas; esto es, dictadas en interés general de todas las personas para regular sus derechos, y otras establecidas para garantir los intereses esenciales del Estado, bajo el aspecto moral económico y político. Las primeras, añade Mr. Despagnet,

(1) Los Códigos de Chile y Argentina declaran que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.

constituyen el orden público internacional ó externo, y las segundas el orden público interno del Estado (1). Hay, por tanto, reglas de orden público general aplicables á todos, como la tutula de los menores de edad. En éstas no cabe renuncia. A todos los derechos referentes al orden público interior tampoco es posible renunciar; pero existen algunas disposiciones de este último á que puede renunciar un extranjero. Así acontece con las relativas á la forma de los actos, según veremos al desarrollar la teoría de los estatutos.

El Código aplica estos preceptos á varios casos concretos, que hemos de examinar detalladamente, citando ahora sólo algunos por vía de ejemplo. Los herederos que hayan sustraído ú ocultado algunos efectos de la herencia, no pueden renunciarla (2). La legítima futura es irrenunciable (3). También lo es la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente del dolo (4). En la legislación catalana no pueden renunciarse, entre otros derechos, el beneficio del senado-consulto Macedoniano, á la insinuación de las donaciones que excedan de 500 florines y á las excepciones *non numeratae pecuniae*, *non solutae pecuniae* y *non numeratae dotis*.

El interés público dicho se está que es el que excede del particular, y en este sentido lo es, aunque se refiera á un individuo, el que la renuncia no pueda hacerse en perjuicio de tercero, como lo entiende Lauret. Es sumamente difícil determinar cuándo hay perjuicio de tercero, apreciable para los efectos de este artículo; pues si bien aquél existe en casi todas las renuncias, aquí se trata de un perjuicio derivado de haberse desconocido un derecho que ha sido vulnerado por la renuncia. Por esto no reconoce el derecho perjuicio de tercero en la renuncia de una herencia, por más que aquél en realidad exista, y sí en la

(1) *L'Ordre public au droit international privé.—Journal du droit international privé.*—1889, págs. 5 y 207.
(2) Art 1002.
(3) Art. 816. Lo es asimismo en Cataluña en vida del padre.
(4) Art. 1102.

de la prescripción hecha por un deudor en perjuicio de los acreedores, por cuyo motivo éstos pueden hacerla valer á pesar de la renuncia (1).

La renuncia de un derecho no produce otro efecto que la extinción de éste; pero en la renuncia que se denomina traslativa, ó sea cuando el derecho se cede á favor de determinada persona ó personas, hay, además de la renuncia, una transmisión, que es necesario determinar, para conocer los requisitos, forma y efectos del acto.

Cuando no se puede hacer renuncia condicional de un derecho y se hace, este acto implica la previa aceptación de aquel derecho. Puede citarse á este propósito el art. 1000 del Código, que entiende aceptada la herencia por el mero hecho de renunciarla el heredero, aunque sea gratuitamente, á beneficio de uno ó más de sus coherederos.

Es válida y eficaz la posposición de la hipoteca dotal constituída á favor de la mujer sobre bienes del marido, porque tal postergación no afecta de presente á otros derechos que á los de la misma mujer. (Sentencia de 25 de Febrero de 1897).

Véase también la resolución de la Dirección de los Registros de 18 de Marzo del mismo año.

Según sentencia de 25 de Junio de 1909, el derecho de filiación, legítima ó natural, no es renunciable, porque evidentemente afecta al estado civil de las personas y está comprendido entre los que se refieren al orden público, que exceptúa de la renuncia el párrafo 2.° del art. 4.° del Código civil.

ARTÍCULO 5.°

Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre ó la práctica en contrario.

---

(1) Art 1937.

Al declarar el derecho, puede hacerlo la Sociedad espontáneamente, por sí misma, ó de una manera reflexiva, por medio de órganos oficiales. A veces verifica un individuo un acto jurídico que carecía de forma preestablecida por la ley; otros lo consideran justo y lo adoptan para regla de su conducta. Dicho individuo se ha convertido en órgano adventicio de la Sociedad, y aquella repetición de actos ha producido una costumbre. A la par, como las personas jurídicas no pueden obrar sino por medio de individuos, ó sea por representación, necesita la Sociedad constituir órganos oficiales para todas las funciones, y por lo tanto, para la legislativa.

En las sociedades primitivas, el derecho es consuetudinario, después adquiere importancia la forma reflexiva ó la ley; pero aun quedan equiparadas ambas manifestaciones, hasta el punto que se derogan mutuamente, y por último, se ha proscrito ó reducido á exiguos límites la costumbre y ha quedado como única ó principal forma del derecho la ley, dadas las dificultades que ofrece el conocimiento y prueba de la costumbre y la confusión que produce. Al decir esto nos referimos al derecho positivo establecido por todos los códigos modernos, quizás sólo á excepción del de Luisiana, pues hoy todavía muchos publicistas sostienen la necesidad de que se concedan iguales efectos á ambas manifestaciones del derecho, reconociéndose que no puede delegarse por completo la soberanía. Esta doctrina fué defendida en el Congreso Jurídico español de 1886 en la notable ponencia presentada por los Sres. D. Bienvenido Oliver, D. José María Pantoja, D. Francisco Giner de los Ríos y don Joaquín Costa. A la casi unanimidad de los Códigos en este punto precedió la célebre y empeñada discusión entre Hugo y Savigny, el último de los cuales defendía, como es sabido, la escuela histórica, que no concibe que pueda petrificarse el derecho en la forma, difícilmente variable, de un Código.

En nuestra patria, las Partidas, siguiendo los precedentes romanos, representan la época de transición en que están equiparadas la ley y la costumbre, puesto que dicen que ésta, «aun

ha otro poderío muy grande, que puede tirar las leyes antiguas que fuesen fechas antes que ella» (1).

Después de la prescripción terminante del presente artículo, de que no prevalecerá contra la observancia de la ley la costumbre en contrario, se han hecho inútiles las discusiones de los tratadistas acerca de si en nuestro derecho podrá alegarse la costumbre contra ley.

El Código determina los efectos de las leyes, pero como respeta el derecho foral en toda su integridad, armonizando estos dos principios, resulta que señala únicamente los efectos de las leyes de carácter general, sin alterar las fuentes de derecho de las legislaciones especiales; tanto es así, que en el comentario al artículo siguiente veremos que son distintas. De esta doctrina se deduce: 1.°, que en las provincias donde se admite la costumbre contra ley (2), podrá seguirse alegándola; 2.°, que podrá admitirse contra las leyes forales, pero nunca contra las de carácter general.

Respecto á la jurisprudencia, que es en realidad una *costumbre* judicial, sostienen algunos comentaristas, entre ellos el antes citado Sr. Puig-Samper, que podrá formarse *contra legem*. Nosotros entendemos que esta opinión no puede admitirse, dada la prohibición terminante de la costumbre ó práctica contraria á la ley.

Una manifestación del derecho parecida á las leyes, son las disposiciones de carácter general dictadas en uso de sus atribuciones por el Poder ejecutivo. La jurisprudencia del Tribunal

---

(1) Ley 6.ª, tít. 2.°, Partida 1.ª

(2) En Aragón, según Molino y los más reputados fueristas, la costumbre inmemorial puede derogar el Fuero.

En Guipúzcoa prevalecen sobre la ley las costumbres que se justifique que tuvieron la aprobación del señor de la tierra y que se habían dado juicios sobre ellas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1859.)

Los tratadistas de derecho catalán citan generalmente en este punto los preceptos del Derecho romano, que, aparte de una constitución de Constantino, aceptan la costumbre *contra legem*. El Sr Durán y Bas, tan competente en esta materia, expone la opinión de los autores que afirman que ninguna costumbre puede prevalecer contra las Constituciones. *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña.*—Barcelona, 1883.

Supremo había establecido que las leyes no pueden ser derogadas por Reales órdenes (1), y si bien éstas no han sido mencionadas en el artículo que comentamos, se acepta dicho principio al afirmarse que las leyes *sólo* se derogan por otras posteriores.

Ha sido en España muy común legislar por medio de decretos, aunque á muchos de ellos han dado después las Cortes fuerza de ley, y como esta costumbre no está del todo en desuso, es muy difícil averiguar cuándo una disposición gubernativa se propone derogar una ley, y tanto más cuanto ahora generalmente no se presenta la modificación de una manera explícita, sino en la forma de aclaraciones, ampliaciones, reglas para la aplicación de las leyes, corrección de erratas de imprenta, etc. Ha de fiarse, pues, este precepto al criterio judicial.

Al lado del uso contrario existe el no uso ó el desuso de la ley, que ha sido en absoluto prohibido como forma de derogación de ésta, no alterando el Código nuestro derecho en esta materia, puesto que la Novísima Recopilación había dispuesto que todas las leyes del Reino que expresamente no se hallen derogadas por otras posteriores se deben observar literalmente, *sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso* (2). Autorizados tratadistas contemporáneos del derecho foral, como los señores Brocá y Arnell, apoyándose en Oliva y Mieres, afirman que en Cataluña las leyes se derogan por el desuso. Según antes indicamos con un motivo parecido, esta doctrina no podría aplicarse nunca á las leyes dictadas con carácter general.

De las precedentes consideraciones resulta que el Código no reconoce otra forma de derogación que la más propia y menos expuesta á dudas, que es la realizada por una ley posterior. Aquéllas no dejan sin embargo de ofrecerse, puesto que no siempre la derogación es explícita, sino que muchas veces se dicta una disposición legal contraria á otra anterior sin manifestarse que

(1) Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de Mayo, 29 de Septiembre y 5 de Octubre de 1868, y la del Tribunal Contencioso-administrativo de 5-15 de Octubre de 1901.

(2) Ley 2.ª, tít. 2.°, lib. 3.°, Novísima Recopilación.

queda ésta derogada. El Código civil italiano admite la derogación tácita de la ley, que tiene lugar «por la incompatibilidad de la nueva disposición con la precedente ó porque la nueva ley regule íntegramente la materia á que la ley anterior se refería.» En nuestro derecho, si bien no está expresamente reconocida, aunque tampoco prohibida, esta forma de derogación, no puede menos de existir, pues encontrándose el juez con dos leyes antitéticas, es regla de interpretación que considere derogada por la posterior la de fecha más antigua.

Aun estos casos no revisten las dificultades que presenta el que la oposición exista entre una ley de carácter general y otra especial. En la hipótesis de que la ley general es la anterior, todavía puede conocerse la parte derogada; aunque es este sistema de legislar muy imperfecto, porque no siempre la excepción, dictada á veces en época distinta, se inspira en el espíritu de la ley general; si las excepciones son muchas, aquélla se desnaturaliza; y es, por último, muy dado á equivocaciones el que exista una ley que haya sido parcialmente derogada y no siempre en forma expresa, obligándose á todo el que quiera conocer con exactitud lo que de ella está vigente, á llevar á cabo un arduo trabajo de reconstitución. La dificultad sube de punto cuando existe una ley especial y luego se dicta otra de carácter general inspirada en principios distintos y sin forma expresa de derogación, si bien suele ser poco frecuente que no la contenga. Entonces, dice Merilhóu, como no pueden amalgamarse preceptos basados en distintos y á veces opuestos criterios, ha de considerarse derogada la ley especial anterior. No creemos aplicable siempre este criterio y sí el admitido por el Tribunal Supremo en una sentencia que citamos al ocuparnos de la totalidad de este título, que establece que las reglas *generales* han de entenderse subordinadas á lo que en casos *especiales* dispusieren las leyes.

Al comentar el artículo siguiente encontramos varios preceptos relativos al derecho penal, que no pueden considerarse derogados por el título preliminar de este Código, aunque éste tiene carácter general y es de fecha posterior.

El Tribunal de lo Contencioso administrativo ha declarado repetidas veces que las Reales órdenes, no obstante su carácter general, no pueden derogar ni modificar los preceptos legales, con arreglo al texto expreso del art. 5.º del Código. Pueden consultarse las sentencias de 24 de Noviembre de 1898; 10, 17 y 18 de Febrero, y 9 y 16 de Marzo de 1899, y 4 de Diciembre de 1900.

Por analogía con lo dispuesto en el art. 5.º del Código, dispone la Real orden de 19 de Enero de 1906, que las disposiciones de carácter reglamentario sólo se derogan por otras posteriores.

Fundándose en el art. 5.º declaró la sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de 14 de Julio de 1902, que el derecho á percibir en caso de orfandad las pensiones ó anualidades ya devengadas al tiempo de deducir la reclamación, se extiende á los cinco años anteriores á la reclamación misma, por lo que la Real orden de 26 de Noviembre de 1896 que establecía doctrina contraria, carece de virtud y eficacia, por ser opuesta á lo preceptuado sobre la materia en la ley de Contabilidad, ya que las leyes sólo se derogan por otras leyes.

ARTÍCULO 6.º

El Tribunal que rehuse fallar á pretexto de silencio, obscuridad ó insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad.

Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del derecho.

Las funciones del Poder, si bien son distintas, no se hallan separadas de una manera absoluta. En ocasiones el poder legislativo ejerce funciones judiciales, cuando la alta Cámara se constituye en Jurado, y en otras se confieren al Poder ó al orden judicial atribuciones de carácter verdaderamente legislativo, como en este artículo acontece. Se ha considerado preferible

que, en los casos en que la ley calla ó es deficiente, establezca el juez la regla de derecho aplicable al caso sometido á su fallo, ó que, si es oscura, la interprete, á que la cuestión quede en suspenso, mientras el legislador formule el derecho positivo ó dé su interpretación auténtica. Aun se concibe que en la Edad Media, según disponían las leyes de Partida, si encontraban los jueces dudoso el derecho, se dirigiesen al Rey «recontándole todo lo fecho é la dubda en que son»; pero hoy con el sistema parlamentario sería larguísimo el procedimiento. Lo que sí creemos conveniente es que, cuando los jueces se conviertan en legisladores por explícita delegación de la ley, debieran dar cuenta de sus fallos á las Cortes, para que éstas examinasen si las cuestiones resueltas demandaban una reforma de las leyes (1) y especialmente habrían de tenerse en cuenta estos precedentes en los casos en que no se interpusiera recurso de casación, para les efectos de la tercera de las disposiciones adicionadas del Código civil.

La primera parte de este artículo, aunque tiene el mismo carácter de generalidad en el 368 del Código penal, de que es transcripción, no puede aplicarse á los asuntos criminales, puesto que el art. 2.º de dicho Código dispone que «en el caso de que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él, y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal», y el 22 que «no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por una ley, anterior á su perpetración».

Según el artículo que estamos comentando, deben los tribunales: 1.º, interpretar la ley; 2.º, completarla, y 3.º, suplirla.

(1) Véanse acerca de este punto la ponencia del Congreso jurídico español antes citada y el discurso de apertura de los Tribunales, leído por el Ministro de Gracia y Justicia Sr. Canalejas el 16 de Septiembre de 1889, en que indicó la conveniencia de publicar las sentencias dictadas en asuntos civiles por los Tribunales de apelación.

La interpretación de la ley es siempre necesaria para aplicarla; pero en este momento nos referimos á los casos en que haya oscuridad, como dice el Código. La mayor parte de los Códigos civiles consignan un artículo análogo al que comentamos: si bien algunos, como el francés, no establecen regla ninguna de hermenéutica y otros señalan varias, discrepando en este punto.

La Novísima Recopilación de Navarra dispone que las leyes se guarden según su ser ó tenor, sin darles otra interpretación que la literal, aunque con esto, según autorizados comentaristas de aquel derecho, se propusieron únicamente evitar las interpretaciones abusivas.

Otro tanto sucede en el derecho de Aragón, cuya observancia 1.ª *De equo vulnerato* establece que los fueros no reciben interpretación extensiva.

Son generalmente aceptadas las siguientes reglas de interpretación. Las disposiciones de un Código ó una ley no deben interpretarse aisladamente (1). En su consecuencia, podrán aplicarse á la interpretación de las leyes, las reglas establecidas respecto á la de los contratos por el Código (2), en esta forma: Si los términos de una ley son claros y no dejan duda sobre la intención del legislador, se estará al sentido literal de sus disposiciones (3). Si las palabras parecieren contrarias á la intención evidente del legislador, prevalecerá el espíritu de la ley(4). Para juzgar de la intención del legislador, deberá atenderse principalmente á las leyes coetáneas y posteriores á la que debe aplicarse. Cualquiera que sea la generalidad de los términos de una ley, no deberán entenderse comprendidas en ella cosas distintas

---

(1) Principio consignado en la exposición que elevó la Comisión de Codificación al Sr. Ministro de Gracia y Justicia, publicada en la *Gaceta* del 30 de Julio de 1889, que precede al texto del presente Código.

(2) Véase el libro IV, tít. 2.º, cap. 4.º de este Código.

(3) El Código civil de Italia dispone acerca de este particular, que al aplicar una ley no podrá atribuírsele otro sentido que el que resulta explícitamente de los términos empleados, dada la relación que debe existir entre los mismos y la intención del legislador.

(4) Admiten este principio los Códigos de Italia, Guatemala, Perú y el Uruguay.

y diferentes de aquéllas sobre que su autor se propuso legislar. Si alguna disposición admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto. Los artículos de una ley deberán interpretarse los unos por los otros, atribuyendo á los dudosos el sentido que resulte del conjunto de todos. Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme al objeto de la ley (1). Y deberá también atenderse á la costumbre (2). En ningún caso la interpretación puede ser contraria á la ley, según dijimos al comentar el artículo anterior. Así el principio de derecho donde existe la misma razón, debe haber igual disposición de la ley, no puede aducirse con éxito cuando hay un precepto legal aplicable (3). Donde la ley no distingue, no cabe distinguir (4). La excepción confirma la regla en los casos no exceptuados (5). No puede interpretarse por analogía en las leyes de excepción. Cuando la ley permite ó concede lo más, debe entenderse que permite ó concede lo menos; pero si prohibe lo menos, se entiende también prohibido lo más. No procede la interpretación extensiva de las leyes penales ó de privilegio, y sí de las favorables.

Acerca de este particular, es conveniente consultar el tít. 34 de la Partida 7.ª, donde se contienen muchas reglas de interpretación, que, además de la autoridad de este Código, gozan la del Derecho romano, del que están tomadas.

El Código establece taxativamente la forma de completar ó suplir la ley, disponiendo que debe acudirse, á falta de disposi-

---

(1) Concuerda con esta regla la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1867, que disponía que para la recta inteligencia de una ley, debe tomarse en cuenta principalmente el objeto de sus disposiciones y apreciarse las palabras con que se ha formulado en la significación consiguiente al intento con que se dictó.

(2) Por la regla de interpretación cuando se permita lo más, se entiende permitido lo menos; si la costumbre puede suplir la ley, mejor podrá interpretarla.

(3) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Octubre de 1882

(4) Este es el conocido axioma: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

(5) Derecho romano, aforismos de Bacón, etc.

ción aplicable al punto controvertido: 1.°, á la costumbre del lugar; 2.°, á los principios generales del derecho.

Al admitir la costumbre como derecho supletorio ha seguido nuestro Código la tradición de la legislación romana, que establecía que la costumbre inveterada suele observarse por derecho y ley en aquellos casos que no provienen de derecho escrito (1), y de las Partidas que disponían que «las contiendas que los homes han entre sí, de que non fablan las leyes escritas, puédense librar por la costumbre que fuese usada sobre las razo nes sobre que fué la contienda, e aun ha fuerça de ley» (2).

Pero mientras las Partidas admitían las tres clases de costumbres, derogatorias, confirmatorias y supletorias, el Código civil ha dado entrada solamente á estas últimas, siguiendo en esto los acuerdos del Congreso jurídico español y el ejemplo de las legislaciones extranjeras. En efecto, las sociedades actuales, por su extensión geográfica, por la complejidad de su composición y de su vida, por su cosmopolitismo, por el robustecimiento de la organización del Estado y del Poder legislativo, son en todo contrarias al desarrollo del derecho consuetudinario.

Sólo Inglaterra—dice Geny (3)—parece presentarse como una excepción á esta ley: la vigorosa constitución de la raza anglo-sajona, la sólida coherencia y homogeneidad de las unidades que la componen, la pureza de su raza, su persistencia en rechazar las influencias extrañas, la autonomía de sus órganos locales y corporativos, ha contribuído á respetar y conservar más que en parte alguna los dominios de la costumbre. Pero, aun así, puede observarse que, á medida que estas circunstancias decrecen, va extendiéndose considerablemente la legislación escrita en todo el Reino Unido, particularmente desde la segunda mitad del siglo pasado.

Los Códigos modernos han postergado á la costumbre quizá

---

(1) Ley 33, tit. 3.°, *De legib. S. C. et Long. consuet Lib. 1.° Digesto.*

(2) Ley 6.ª, tit 2.°, Partida 1.ª

(3) *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo.* Madrid, Hijos de Reus, 1912.

más de lo justo. El de Napoleón ni siquiera la menciona. Chile le reconoce validez solamente en los casos en que la ley se remite á ella.

En Alemania el primer Proyecto de Código civil tenía un artículo declarativo de que «las reglas de derecho consuetudinario no valen más que en cuanto la ley las invoca». Mas las protestas que se levantaron contra ese artículo hicieron á la segunda Comisión decidirse, después de deliberar sobre este punto, por suprimir del Proyecto toda disposición relativa á la costumbre. Los tratadistas discuten ahora el alcance de la omisión del Código. Las costumbres locales son rechazadas por casi todos, como contrarias al objeto de la codificación y al art. 2.º de la Constitución del Imperio. Las generales supletorias se admiten para llenar las lagunas presentes ó futuras del Código. Respecto á las derogatorias hay más dudas, pero comentaristas distinguidos como Planck estiman á la costumbre capaz de modificar las reglas del Código, ya que éste no consigna ninguna prohibición.

El Código civil suizo, aceptando una solución parecida á la del nuestro, admite la costumbre como fuente supletoria del derecho, en caso de silencio de la ley. Aparte de esto, algunos tratadistas del Derecho suizo (Rossel y Mentha) opinan que la eficacia de la costumbre contra ley no puede ser rechazada en una democracia como Suiza en que el pueblo es la suprema autoridad legislativa.

Volviendo á la interpretación del art. 6.º de nuestro Código, ¿qué requisitos ha de reunir la costumbre para tener fuerza de ley? Las Partidas disponían que para este efecto debía existir un uso del pueblo ó de la mayor parte de él durante diez ó veinte años, que sabiéndola el Señor de la tierra no la contradiga, y que no sea contra ley de Dios, ni contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra procomunal, debiendo probarse «por dos juycios dados consejeramente por ella de homes sabidores» (1); pero hoy este texto no tiene otro valor que el de pre-

(1) Esta versión, ó sea la de Gregorio López, es la aceptada por el Tribunal Supremo, habiendo carecido de fuerza legal la de la Real Academia Española, que exigía de *treinta juicios arriba*.

cedente, y para fijar los requisitos de la costumbre, los tribunales deben aplicar los principios generales del derecho. Sobre éstos existe gran divergencia, puesto que hay autores que sostienen que «no consiste la costumbre, como suele creerse, en una serie continuada de actos; antes bien, los actos sólo intervienen en ella como manifestación de la voluntad del legislador» (1). Siguiendo esta teoría, para el ilustre publicista señor Costa, puede bastar un solo acto para que exista costumbre; pero la opinión generalmente aceptada acerca de los requisitos que la costumbre debe reunir, la resume en la siguiente forma el docto Catedrático Sr. Pisa Pajares: 1.º Pluralidad de actos: varias resoluciones de una cuestión jurídica suscitada repetidamente en la vida. 2.º Uniformidad: que todas las soluciones á la cuestión jurídica dada hayan sido idénticas; mejor dicho, que sólo haya habido una solución. 3.º Transcurso de tiempo. Y 4.º Intención jurídica: esto es, que el autor de los hechos aparezca ejecutándolos como justos (2).

La costumbre que se aplique ha de ser la del lugar. Hay dos motivos para que se prefieran las costumbres locales á las generales: 1.º, la de que en nuestra época existen muy pocas, si es que hay alguna, que se extiendan á toda una nación; y 2.º, porque debe presumirse que la persona que ha verificado algún acto jurídico, no previsto por la ley, se ha acomodado á la costumbre de la localidad. Este principio puede servir para resolver las dificultades que puede suscitar la diversidad de lugares. Si el del Tribunal sentenciador y el del domicilio de las partes son distintos y hay en ambos costumbres diferentes, se debe presumir que aquéllas conocen la del último, mientras que pueden ignorar la de los primeros. Si el domicilio de las partes es diverso y en cada lugar hay costumbres distintas, no existe razón para que se prefiera una de ellas á las demás, y en este caso debiera acudirse á la segunda regla del derecho supletorio, ó sea á los principios jurídicos de carácter general.

(1) Giner y Calderón, *Principios de Derecho natural*. Madrid, s. a.
(2) Prolegómenos del Derecho. Madrid, 1876.

El art. 1976 dispone que «quedan derogados todos los cuerpos legales, *usos y costumbres* que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza ni vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, *como en el de derecho supletorio.*» De la comparación de este artículo con el que comentamos puede surgir una fundada duda acerca de si es posible aplicar con carácter supletorio costumbres anteriores al Código. Esta duda fué expuesta como censura á dicha obra legislativa en el Congreso de los Diputados, siendo resuelta en la siguiente forma por el distinguido individuo de la Comisión Sr. López Puigcerver: «yo no veo esta contradicción; porque son dos cosas á mi juicio distintas, la derogación del derecho que existe y el establecimiento del derecho para lo sucesivo. Nuestro derecho antiguo, S. S. lo sabe perfectamente, ó mejor dicho, nuestro derecho actual, puesto que el Código no rige todavía, no lo forman sólo los preceptos escritos, sino que está constituído también por las costumbres y los usos; pues bien, el legislador, que quiso sustituir todo el derecho existente, cualquiera que fuese su fuente y su origen, por un derecho nuevo, estableció la derogación de todo ese derecho, y dijo que ni como supletorio se podía aplicar; y dice: en lo sucesivo el Código será el único precepto legislativo que se aplicará. Pero, ¿qué tiene que ver esta derogación de lo existente, para que dentro de ese mismo Código se establezcan los criterios que los Tribunales han de aplicar en cada caso concreto en lo sucesivo? Yo creo que no hay aquí, realmente, contradicción» (1).

¿Cómo debe probarse la costumbre? Algunos escritores entienden que siendo las reglas de derecho, de interés público, los Tribunales debieran investigar directamente su existencia; pero sea esta opinión ó no exacta (2), creemos hoy más acertado que

(1) *Diario de las Sesiones de Cortes.*—Sesión del Congreso de 29 de Marzo de 1889.

(2) Lo es con respecto á Aragón, en cuya legislación la costumbre es considerada más que como un hecho, como un criterio para juzgar, y su prueba corresponde al juez, no al litigante. (Obs. IX. *De probationibus*).

se aplique la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, de que se empleen los medios de prueba establecidos por el derecho procesal para los hechos.

En sentencia de dicho Tribunal de 26 de Junio de 1899, se declara que para que la costumbre del lugar, á falta de ley escrita, pueda ser aplicada en juicio, es indispensable que se halle legalmente acreditada, sin que baste suponerla existente desde luego sin prueba alguna.

Los actos mercantiles se regirán, en defecto de las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, «por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y á falta de ambas reglas, por el derecho común» (1).

Aunque no lo dice el artículo comentado, entendemos que después de la costumbre y antes que á los principios generales de derecho, debe acudirse á la jurisprudencia de los Tribunales. La tercera de las *disposiciones adicionales* al Código, establece «que en vista de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la *jurisprudencia del Tribunal Supremo*, la Comisión de codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir». De este artículo se desprende: 1.°, que el Código reconoce la jurisprudencia, y 2.°, que debe formularla, como hasta ahora, el Tribunal Supremo. Esta disposición, combinada con el párrafo 1.° del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil, permitirá que haya lugar al recurso de casación cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea ó aplicación indebida de *doctrinas legales* aplicables al caso del pleito. Como en este punto no debe considerarse alterado nuestro derecho, la jurisprudencia deberá reunir los mismos requisitos que hasta aquí se han exigido, debiendo formarse por reiteradas resoluciones de idéntica especie.

En último término deben aplicarse los principios generales del derecho, á que era necesario dar fuerza legal desde el mo

(1) Código de Comercio, art. 2.°

mento en que se obligaba á los tribunales á fallar en todos los casos, y puede haber algunos en que no exista disposición legal, costumbre ni jurisprudencia. Acepte ó no la ley el derecho científico, éste no podrá proscribirse nunca. Como dice un distinguido jurisconsulto, «la ciencia siempre analizará, comparará, hará resaltar las concordancias, conciliará las antinomias, resolverá las cuestiones que el sentido de la ley ofrezca; y la doctrina jurídica se formará más ó menos rápidamente, ó con más ó menos lentitud, pero por necesidad; constituirá el criterio general, formulará ó proclamará los axiomas de derecho, lo mismo los que pudiéramos llamar tradicionales, que los que de nuevo se elaboren, según el distinto espíritu que se infiltre en las instituciones, y gobernará las conciencias jurídicas con igual autoridad que el precepto del legislador. Desconocerlo es acusar perfecta ignorancia de lo que es en realidad la vida del derecho; negarlo es tener los poderes que hacen las leyes la ambiciosa pretensión de omnisciencia y omnipotencia, no sólo legal, sino real y verdadera» (1).

Por estas razones las doctrinas de los doctores, según el autor que acabamos de citar, tienen fuerza legal en Cataluña, aunque sólo en defecto de los usages y constituciones, de los preceptos del derecho canónico y del romano; no hallándose prevenido, añade, que para tener valor dichas doctrinas deban estar admitidas por la jurisprudencia del antiguo Senado, como ha establecido el Tribunal Supremo de Justicia (2).

La aplicación del derecho natural es por su esencia una facultad amplia é indeterminada, que procuraron limitar en Roma la célebre ley de citas de Valentiniano III y en España una Pragmática de los Reyes católicos; pero está conforme con las tendencias modernas de extender el arbitrio judicial, así en el orden penal como en el civil, y concuerda con lo establecido en los Códigos civiles de Portugal, Italia, Méjico y el Perú.

---

(1) Señor Durán y Bas, Memoria citada, págs. 10 y 11.
(2) Véase entre otras sentencias una de 4 de Mayo de 1859.

La fórmula más clara y progresiva de esta tendencia, y, en general, de las orientaciones modernas en orden á fuentes supletorias del Derecho, es la del Código civil suizo al declarar en su art. 1.° que «á falta de disposición legal aplicable, fallará el juez con arreglo al Derecho consuetudinario, y á falta de éste, según las reglas que él establecería si fuese legislador. Debe inspirarse en las soluciones consagradas por la doctrina y por la jurisprudencia».

Hoy no procede en España el recurso de casación cuando se aplican mal los principios generales del derecho, siendo conveniente la reforma de la ley de Enjuiciamiento civil en este punto, que no pugna con su espíritu, puesto que admite aquel recurso cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, caso fundado en el mismo principio que el precepto que comentamos.

Este artículo se refiere exclusivamente al orden civil, pues la legislación penal no reconoce como fuentes de derecho ni la costumbre, ni la jurisprudencia, ni los principios jurídicos de carácter general.

Como existe la disposición expresa de que los tribunales fallen siempre, aun cuando la ley sea oscura ó deficiente, aplicando gradualmente el derecho supletorio que acabamos de indicar, cuando no se cumpla este artículo se incurre en responsabilidad. Desde luego es evidente la responsabilidad criminal, puesto que el art. 6.° del Código civil es transcripción del 368 del Código penal, que la determina y pena; pero además algunos comentaristas entienden que puede exigirse la responsabilidad civil, y no sin razón, no sólo por el art. 903 de la ley de Enjuiciamiento civil que citan á este propósito, sino porque, según el art. 18 del Código penal, toda persona responsable criminalmente de un delito ó falta, lo es también civilmente, y la responsabilidad civil, cuando procede de delito, puede exigirse á instancia de la parte interesada separadamente de la criminal (1).

(1) Pueden consultarse sobre este punto los *Comentarios* del Sr. Manresa al título VII, libro II de la ley de Enjuiciamiento civil reformada.

Los principios generales de derecho han de alegarse siempre, para ser admisibles, como supletorios, esto es, por no existir ley ni costumbre aplicable al caso, y así se establece en sentencias del Tribunal Supremo de 16 de Octubre y auto de 13 del mismo mes de 1894, y en auto fecha 22 de Enero de 1896, y sentencia de 30 de Mayo de 1898.

Sobre no admisión del recurso de casación por infracción de los principios generales de derecho, pueden consultarse los autos del Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1898, 7 de Febrero y 15 de Abril de 1899, entre otros, todos conformes en que es necesario citar la ley ó decisión de dicho Tribunal que atribuya al supuesto principio el carácter de doctrina legal.

En sentencia de 4 de Febrero de 1902 se declara que ni la ley ni los principios generales de derecho autorizan para que los albaceas puedan ser removidos de sus cargos por simple negligencia, haciendo extensivos á los mismos preceptos dictados para los tutores, pues esos mismos principios generales impiden toda interpretación extensiva en leyes de carácter prohibitivo ó que envuelven sanción penal.

En otra de 7 del mismo mes y año, se establece que no son aplicables esos principios al tercero que, sin ser parte en un juicio, intenta intervenir en él, pues no consienten esa ingerencia las leyes procesales.

Véase también las sentencias de 29 de Diciembre de 1898, y las de 21 de Enero de 1903 y 16 de Mayo de 1905.

ARTÍCULO 7.º

Si en las leyes se habla de meses, días ó noches, se entenderá que los meses son de treinta días, los días de veinticuatro horas, y las noches desde que se pone hasta que sale el sol.

Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan.

Las leyes procesales establecen, como es sabido, plazos de días, sin determinar la significación de esta palabra, habiendo

resuelto el Tribunal Supremo en una sentencia de 12 de Diciembre de 1861 que los días se entendían de veinticuatro horas, como dispone el presente artículo. Es preciso tener en cuenta, sin embargo, que para las actuaciones judiciales no se utilizan las veinticuatro horas del día, salvo las excepciones expresamente determinadas, puesto que aquéllas no pueden practicarse sino en las horas que median desde la salida á la puesta del sol (1).

El Código penal aprecia en muchos casos la circunstancia de verificarse un hecho de noche (2). Algún comentarista entendía que diciendo el Diccionario de la Real Academia Española que el día natural es «el espacio de tiempo que dura la claridad del sol sobre el horizonte», y el día artificial «el tiempo que dura el sol desde que sale hasta que se pone», y siendo la noche lo opuesto al día, no podían comprenderse en ella los crepúsculos (3). El artículo comentado no deja hoy lugar á duda de que durante éstos, ó sea mientras no está el sol sobre el horizonte, es de noche para la ley, que ha debido adoptar un criterio preciso sobre el particular, no habiendo, después de la puesta del sol, otro hecho indubitable para fijarlo, en la transición entre el día y la noche, que representa el crepúsculo.

En cuanto á los meses, es clara también la doctrina del texto, no contándose sino por excepción los días que comprende cada uno, cuando se determinan por sus nombres, á que siempre atienden los Códigos de Colombia y Chile.

Aunque parece el artículo comentado explícito y terminante, puede suscitar algunas dudas su aplicación.

Distinguidos publicistas han previsto el caso de que discre-

---

(1) Art. 258 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Véanse la 15 de las circunstancias agravantes (art. 10); los casos en que las reuniones ó manifestaciones no son pacíficas (art 189, § 2.º), los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución (art. 215, último párrafo, y 217), etc.

(3) Viada.—*Código penal reformado en 1870.* Comentario á la circunstancia 15 del art. 10.

pen los calendarios acerca de la hora en que se pone el sol, indicando la conveniencia de que se publique uno con carácter oficial (1). En primer lugar creemos que puede revestir aquel carácter el comprendido en la *Guía oficial de España*, para los efectos de este artículo, y en segundo término, como aprecia principalmente esta división del tiempo el derecho penal, en la duda debiera estarse á lo más favorable al reo.

Puede también un acto comenzar antes de ponerse el sol y terminar después ó iniciarse en un lugar en que se ponga el sol antes que en otro y acabar en éste. Entonces creemos que, tratándose de materia penal, por el principio que acabamos de recordar, el hecho habría de entenderse verificado de día (2).

El Código no habla de años; pero, aplicando el principio en que inspira su art. 7.°, parece que el año debe reputarse compuesto de doce meses naturales y constar de 365 días, á no ser que la ley ó el pacto hagan referencia á un año determinado y éste sea bisiesto (3).

Es conveniente advertir, por último, que debe darse interpretación extensiva á este artículo, no refiriéndolo exclusivamente á las leyes, sino á todas las disposiciones de carácter análogo.

Para la prescripción de los delitos, los meses han de computarse como de treinta días, conforme á lo dispuesto en el art. 7.° del Código civil, que es de aplicación general. (Sentencia de 6 de Abril de 1895 y 4 de Julio de 1905.)

---

(1) *Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos.* Tomo 12, Código civil.

(2) El Tribunal Supremo consideró en su sentencia de 19 de Abril de 1865, válida una declaración en juicio firmada después de puesto el sol, siendo dada antes en su mayor parte, porque es regla de derecho que lo útil no se vicia por lo inútil.

(3) El Código de Comercio, en su art. 60 dispone que: «En todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán: el día de veinticuatro horas, los meses según están designados en el calendario gregoriano, y el año, de trescientos sesenta y cinco días.»

Para el término de las letras de cambio, los meses se computan de fecha á fecha, y si en el mes del vencimiento no la hubiera equivalente al de aquella en que la letra se expidió, se entiende que vence el último día del mes. (Idem, art. 454.)

Por Real orden del Ministerio de Hacienda de 15 de Abril de 1901, se establece que los plazos señalados por meses en el reglamento del impuesto de derechos reales, deben computarse de fecha á fecha; pero que si en el mes del vencimiento no hubiere día equivalente al de la fecha en que el acto se causó, se entenderá que el plazo vence el último día del mes.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Octubre de 1903, es ineficaz el laudo dictado por amigables componedores, después de los treinta días de la última aceptación, si se fijó para ello en el compromiso el plazo de un mes, pues la duración legal de éste, es, según el art. 7.º, la de treinta días.

ARTÍCULO 8.º

Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública, obligan á todos los que habiten en territorio español.

Algunos Códigos civiles, como los de la República Argentina y Chile, establecen que la ley es obligatoria para todos los que habiten en la Nación, incluso los extranjeros; otros reconocen más ó menos explícitamente las excepciones á este principio, impuestas por el derecho de gentes, el derecho público, los tratados y las disposiciones especiales; los códigos de Italia y Guatemala enumeran las leyes penales, de policía y seguridad pública; el de Francia se limita á citar las dos últimas, y le siguen los de Holanda, Vaud, Valais, Luisiana, Bolivia, Perú y algunos más; siendo la expresión más breve en este punto, aunque no la menos comprensiva, la del código de Costa Rica, que hace referencia á las leyes en que está interesado el orden público.

Este artículo no introduce alteración en nuestro derecho, puesto que aun con mayor amplitud se consignó en las Partidas, y se contenía también en su esencia en el Real decreto de 1851 sobre extranjería, en la ley procesal y en la provisional sobre organización del Poder judicial.

De las concordancias antes expuestas se desprende que es el artículo comentado más completo que los que han transcrito el del código de Napoleón: en él se comprenden el Código penal, las leyes penales especiales, las de policía en las diversas manifestaciones que ésta ofrece y las que se refieren directamente al orden público.

El principio en que se funda es innegable: la realización de los fines del Estado, para lo que éste tiene derecho á exigir prestaciones positivas ó negativas á los que habitan su territorio; y en lo que se relaciona en general con la criminalidad, en que el Estado nacional es hasta hoy la organización jurídica más alta de la humanidad, en cuyo sentido pena las perturbaciones del derecho cometidas por los extranjeros en su territorio, aun las que no le afectan directamente, ya que indirectamente á todos interesa su violación.

Si bien queda indicada la esfera amplísima á que este artículo se refiere, todavía entendemos que debe interpretarse en sentido extensivo, como en ocasiones análogas hemos hecho, la palabra leyes que todos los Códigos emplean con este objeto, pues los reglamentos de sanidad y pesca son tan obligatorios para los extranjeros como una ley de orden público. Todas las disposiciones, pues, de carácter general que, en uso de sus facultades, dictan el Poder legislativo ó el ejecutivo, penales, de policía ó de seguridad, serán obligatorias para todos los que habiten en territorio español. En este mismo sentido ha interpretado la jurisprudencia de Francia, como veremos más adelante, el artículo correspondiente de su Código civil.

Ilustrados comentaristas consideran supérflua la enumeración de las leyes relativas á la seguridad, toda vez que éstas se hallan comprendidas en las leyes penales, y aducen como prueba la de que los delitos contra la misma se contienen en el Código penal. No creemos que todas las leyes que tienden á conservar el orden público estén comprendidas en las penales, y de ello tenemos ejemplo en una sentencia del Tribunal Supremo de Francia, cuyo extracto consideramos interesante. El *maire* de

Assi-bou Nif había ordenado que se organizase un servicio de vigilancia nocturna y que estaban obligados á prestarle todos los colonos ó habitantes, y los contribuyentes ó que poseyeran intereses en dicho municipio. Un ciudadano español se negó á cumplir esta disposición, alegando á su favor el tratado de 1862, que exime á los españoles residentes en Francia del servicio militar. La Corte de Casación, sin embargo, declaró en 12 de Enero de 1881 que atendido á que se trataba de una orden de circunstancias inspirada en el interés de procurar la seguridad del término comunal, y «que por esta razón obligaba á los extranjeros de igual manera que á los nacionales», y á que se organizaba dicha vigilancia para evitar los robos, y que, por tanto, en nada se refería al servicio militar, venía obligado á prestarlo el súbdito español á que nos referimos, á no ser que hubiese presentado una certificación en que se hiciera constar que estaba inscrito en el Consulado de España en Orán, como alegó. He aquí un caso, como podrían citarse otros muchos, de una disposición relativa á la seguridad que no tiene carácter penal, aunque esto no quiere decir que no lo revistiera su incumplimiento, por infracción de disposiciones de la autoridad municipal; pero esta circunstancia es independiente de la índole de la disposición.

A estos preceptos están sometidos todos los que habiten en territorio español. La palabra habitar debe comprenderse en su más amplio sentido, dado el fin que el artículo se propone. Lo mismo se refiere al vecino de un pueblo de España que al que se limita á cruzar su territorio, á los habitantes y á los transeuntes, usando la expresión del Código de Costa Rica; en una palabra, á todos los que se encuentren en el territorio del Reino, según dice el Código italiano.

Al territorio español pertenece, como es sabido, la zona marítima, y también se consideran parte del mismo los buques nacionales.

El Código de Guatemala establece una excepción que va implícita en el artículo comentado, la de las disposiciones del derecho internacional. En efecto, no todos los que habitan en Es-

paña están sometidos á nuestras leyes. La ley provisional sobre organización del Poder judicial establece que si delinquieren los Príncipes de las familias reinantes, los Presidentes ó Jefes de otros Estados, los Embajadores, los Ministros plenipotenciarios y los Ministros residentes, los Encargados de negocios y los extranjeros empleados de planta en las legaciones, serán puestos á disposición de sus gobiernos respectivos cuando delinquieren (1).

También es preciso tener en cuenta que están sometidos á nuestras leyes penales los españoles y aun los extranjeros *que fuera del territorio de la nación* hubiesen cometido algunos de los delitos siguientes: contra la seguridad exterior del Estado, lesa Majestad, rebelión, falsificación de la firma, de la estampilla Real ó del Regente, falsificación de la firma de los Ministros, falsificación de otros sellos públicos, falsificaciones que perjudiquen directamente al crédito ó intereses del Estado, y la introducción ó expendición de lo falsificado, falsificación de billetes de Banco, cuya emisión esté autorizada por la ley, y la introducción ó expendición de los falsificados y los cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados públicos residentes en territorio extranjero (2). En los casos determinados por la referida ley provisional del Poder judicial, se aplican las leyes penales de España á los que cometan delitos ó faltas fuera de su territorio (3).

ARTÍCULO 9.º

Las leyes relativas á los derechos y deberes de familia, ó al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan á los españoles, aunque residan en país extranjero.

---

(1) Art. 334 de la ley orgánica del Poder judicial.
(2) Art. 336 de la misma ley del Poder judicial.
(3) Véanse los arts. 339 á 346 de la ley citada.

ARTÍCULO 10

Los bienes muebles están sujetos á la ley de la nación del propietario; los bienes inmuebles á las leyes del país en que están sitos.

Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como á la cuantía de los derechos sucesorios y á la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.

Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto á los bienes que posean en la tierra llana, á la ley 15, tít. 20 del Fuero de Vizcaya.

ARTÍCULO 11

Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorguen.

Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos ó consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas.

No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes á las personas, sus actos ó sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes ó sentencias dictadas, ni por disposiciones ó convenciones acordadas en país extranjero.

I

Idea general sobre el origen, división y aplicación de los estatutos.

En estos artículos se desarrolla la doctrina de los estatutos, cuya doctrina empezaron á fijar los glosadores. Eran los *statutos* las leyes de las ciudades italianas, la manifestación del dere-

cho local, que recibía en España el nombre de fueros. En el renacimiento del Derecho romano, se consideró á éste como la ley común que acompañaba á la persona, y á los estatutos como excepciones al mismo, sólo aplicables al territorio en que regían, *statuta terrae*. Esta es, dice Laurent, la primera distinción que se hizo entre las leyes reales y las personales. Por otra parte, la aplicación del principio territorial que caracteriza el feudalismo, hubo de originar graves conflictos, y para resolverlos los glosadores, en especial el más famoso de ellos, Bartolo, el célebre *Pater juris*, interpretando el título en que trataba Justiniano de la Santa Trinidad y de la Fe católica, inició—sin oportunidad respecto al lugar en que expuso su doctrina, pero con mucha para el derecho internacional privado—la teoría de los estatutos reales y personales, á que añadió los mixtos D'Argentré ó Argentré ó Argentrœus; constituyéndose, en la forma casuística con que procedían los glosadores y los jurisconsultos que siguieron desenvolviéndola, la vaga y complicada doctrina de los estatutos, que en su aplicación suscitó multitud de cuestiones, á cuyo estudio se dedicaron, además de los tratadistas citados, Durant, Révigny, Belleperche, Cinus, Rosate, Fabre, Baldo, Dumoulin, Burgundo, Rodenburg, Pablo y Juan Voet, Huber, Bouhier, Boullenois y otros muchos.

Según la opinión comunmente admitida, el *estatuto personal* es el que se refiere á las personas, el *real*, el que se ocupa predominante y esencialmente de los bienes, y el *mixto*, de la forma de los actos. Esta clasificación parece sencillísima é informada en un criterio fijo; pero en realidad, como afirma un especialista en dicha materia «con todas estas definiciones aun se está en el alfabeto y se sabe muy poco, pues toda la dificultad consiste en encontrar y distinguir claramente cuándo el estatuto se refiere únicamente á los bienes y cuándo á las personas.» «Yo he visto, añade, á grandes jurisconsultos muy perplejos al hacer estas distinciones» (1).

(1) Froland, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts.*

Ha obtenido escaso éxito la teoría de Zacariæ, Pfeiffer, y Gand, de que no debe admitirse otra legislación que la del tribunal que ha de conocer del asunto litigioso, cuya doctrina, además de ser contraria á los principios hoy dominantes en el derecho internacional, es incompleta, puesto que deja sin resolver los casos en que no existe cuestión judicial. Aunque tienen más importancia científica, tampoco han adquirido gran desarrollo las teorías de Schäffner, de que toda relación jurídica debe ser juzgada según las leyes del lugar en el que ha tomado existencia, y de Savigny, que busca el asiento de la relación de derecho, el dominio jurídico á que dicha relación pertenece por su naturaleza, determinándolo por el domicilio, el lugar de la cosa, el del acto jurídico ó el del tribunal que ha de conocer del asunto.

Está más en armonía con las modernas corrientes del Derecho internacional la teoría del célebre jurisconsulto italiano Mancini, que entiende que el Derecho civil privado, como personal y nacional, debe seguir á la persona, aun fuera de su patria, mientras que el derecho público, como territorial, impera sobre el territorio y sobre todos los que le habitan, sean nacionales ó extranjeros; y hallando, además, en el primero, una parte relativa á las relaciones necesarias, como la capacidad y las relaciones de familia, y otra voluntaria, referente á los bienes, admite que puede el individuo en esta última adoptar reglas distintas de su legislación nacional.

Los partidarios de esta doctrina no dejan, sin embargo, de reconocer al principio personal sus naturales excepciones, cual es la de que no rijan en territorio extranjero aquellas leyes opuestas al orden público ó á sus intereses económicos, políticos, morales ó religiosos.

En las legislaciones, Inglaterra y los Estados Unidos siguen basándose todavía en un criterio preponderante de territorialidad. El Código de Napoleón dió ya entrada al principio personal, aunque formulándolo sólo respecto de los franceses en el extranjero y no de los extranjeros en Francia. El de Italia se-

ñaló grandes progresos en la aplicación de la ley personal, haciéndola extensiva á las sucesiones, que, consideradas como una unidad, se rigen por la ley del causante, en vez de ser subordinadas, como en Francia, á la naturaleza mueble ó inmueble de los bienes que las constituyan. El Código español se inspira preferentemente en el italiano. La ley de introducción del Código civil alemán, en los artículos 6.° á 30, parte también del principio de la ley personal, pero introduce restricciones tan numerosas, no sólo de interés público sino de interés de los nacionales, que en definitiva el sistema alemán no es mejor que el de los Códigos regidos por el patrón del napoleónico.

Hoy, pues, todavía, con más ó menos modificaciones, la doctrina más generalmente aceptada es la de los estatutos, que ha debido desarrollar nuestro Código en cumplimiento de lo preceptuado en la base 2.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888, no alterando en este punto el derecho positivo, establecido principalmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1).

Antes de comentar detalladamente los artículos del Código, transcritos, es preciso examinar si los tres son aplicables á todos los que no sean españoles. Los Códigos establecen los casos en que se pierde la ciudadanía, pero puede acontecer muy bien que un individuo comprendido en ellos no adquiera ninguna otra nacionalidad. Como la doctrina de los estatutos se propone resolver los conflictos que se originan de las diferencias que puedan existir entre la legislación nacional de un individuo y la del Estado en que se encuentre, si carece de aquella, no existe conflicto, y consideramos en este caso lo más sencillo aplicar el principio territorial, considerando la ley del domicilio subsidiaria á la de la nacionalidad.

Puede darse otro caso opuesto al anterior. Así como hemos

---

(1) Véanse, respecto al estatuto personal, entre otras, las sentencias de 6 de Noviembre de 1867, 27 de Noviembre de 1868, 6 de Junio de 1873, 29 de Enero de 1875, 13 de Enero y 12 de Mayo de 1885; acerca del estatuto real, las de 27 de Noviembre de 1868 y 6 de Junio de 1873; y en cuanto al formal, la de 8 de Junio de 1874.

supuesto un individuo que legalmente no pertenece á ninguna nacionalidad, existen muchos que de hecho tienen dos ó más. En Chile, por ejemplo, el hijo de un español es considerado como chileno, aunque cumpla las condiciones prescritas por el art. 26 de nuestro Código civil, y si llena dichos requisitos, será aquí tenido por español. En estos casos, el principio dominante en el Derecho internacional es el de que cada Estado lo reputará nacional suyo si reune los requisitos establecidos en sus leyes; y si se trata de un Estado con el que no tiene relación alguna, deberá éste considerarlo ciudadano del país de origen. De este modo queda resuelta, en lo posible, la cuestión del estatuto personal que le es aplicable.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Julio de 1904, declara que los tribunales españoles no son llamados á interpretar ni á aplicar las leyes extranjeras.

II

Derechos y deberes de familia, estado, condición y capacidad legal de los españoles en el extranjero.

Se rigen por la ley nacional, en armonía con lo dispuesto en los Códigos de Francia, Italia, Alemania y Bolivia, creyendo este criterio preferible al del Código de Méjico, que se circunscribe al caso de que los actos deban producir efectos en dicho Estado, y al de la República Argentina, que establece la ley del domicilio respecto á los ciudadanos que no lo tienen en aquél país. En efecto: la admisión del estatuto personal no se hace en interés de un Estado para los actos que deban producir efectos en él, sino por creerse, aunque no siempre con fundamento (1), que la ley del país de origen establece las reglas más apropia-

(1) Basta para convencerse de ello recordar que en países meridionales, en que el desarrollo es rápido, como España y Chile, se fijaba la mayor edad á los veinticinco años, y ahora en nuestra patria á los veintitrés, mientras que Suecia, Rusia y Alemania señalan la de veintiuno, y la de veinte el novísimo Código federal suizo.

das á sus condiciones, que éstas le son conocidas, y, por último, que el ciudadano no deja de serlo porque traslade su domicilio al extranjero, así como con el objeto de evitar que cambie la capacidad al trasponer la frontera, convirtiéndose, por ejemplo, el que tiene veintidós años de mayor edad en menor, con sólo pasar de España á Francia. Esto unido á la ventaja de constituir la ley nacional un criterio más seguro que el domicilio, sobre todo hoy que los cambios de domicilio son tan frecuentes y dan lugar á tan grandes dificultades de hecho para saber dónde se encuentra exactamente el principal establecimiento de una persona, es causa de sus progresos en el terreno de la legislación comparada. Alemania que estaba sujeta—exceptuada Sajonia—á la ley del domicilio, ha aceptado ya el principio de la ley nacional. (Arts. 7 y 13 de la citada ley de Introducción). Fuerza es, sin embargo, reconocer que la ley del domicilio prevalece todavía en América, donde fué aceptada por las naciones concurrentes al Congreso de Montevideo de 1888-1889.

Las condiciones que han de reunirse para gozar del estatuto personal que reconoce el art. 9.º, se fijan en el título primero del libro primero de este Código, al determinarse quiénes son españoles.

Respecto á la capacidad para contraer matrimonio y los requisitos necesarios para el divorcio, los españoles deben regirse por su ley nacional. Hace algunos años, en un caso célebre por la índole de la cuestión y por los actores que en ella intervenían, fué preciso aplicar en Francia la legislación eclesiástica, por tratarse de la disolución de un matrimonio canónico contraído por dos españoles, y por reconocerse en España fuerza legal á las decisiones de la Iglesia en dicha materia (1). La doctrina contraria ha sido defendida por el reputado publicista Fiore, afirmando que un matrimonio canónico contraído en España por un italiano y una española, sin dispensa del impedi-

(1) Véase Lastres, *La disolución de un matrimonio* (Madrid, 1888), y *Journal du Droit international privé.* (1887, números 7.º y 8.º)

mento de parentesco, es válido en Italia si no contraviene las disposiciones del Código civil de aquel Reino, con cuyo objeto distingue las cuestiones de capacidad personal y las relativas á la validez del matrimonio, distinción que, según le hace observar Mr. Chrétien, Profesor de la facultad de Derecho en la Universidad de Nancy, es sutil, no concibiendo que quepa en manera alguna diferenciar respecto á la capacidad la condición de edad, v. gr., y la de parentesco, que puso por ejemplo Fiore (1). El Instituto de Derecho internacional, en su sesión de Heidelberg de 1887, votó la conclusión de que había de observarse el estatuto personal respecto á los impedimentos que se derivan del parentesco (2).

La Convención de La Haya para regular los conflictos de leyes en materia de matrimonio, de 12 de Junio de 1902, acepta también el principio de que el derecho de contraer matrimonio es regulado por la ley nacional de cada uno de los futuros esposos, á no ser su aplicación contraria al orden público del país en que el matrimonio sea celebrado.

Entre los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio existe la de no permitirse á la mujer, sin licencia ó poder del marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes ni obligarse sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley. Se ha discutido por los comentaristas si esta autorización corresponde al estatuto personal ó al formal; pero creemos que pertenece al primero desde el momento en que es un medio de suplir la incapacidad de la mujer casada.

Respecto á la patria potestad, es uno de sus efectos la de conceder al que la ejerce, en la forma y en los casos que determina el Código, el usufructo de los bienes de sus hijos. Es también indudable que se refiere esta facultad al estatuto personal, y que el español tiene derecho al usufructo de los bienes de sus hijos, aunque estén sitos en un Estado que no reconozca esta

(1) *Du mariage célébre à l'étranger suivan la legislation italienne*, avec notes de Mr. Chrétien. *Journal*, etc. (1887, números 1.º y 2.º)

(2) *Annuaire de l'Institut du Droit international*. —Bruxelles, 1888.

facultad—en Costa Rica, por ejemplo, donde le corresponden los honorarios de un tutor—, puesto que no se reconoce dicho usufructo en consideración á los bienes, sino que se da para el mejor ejercicio de la potestad paterna. Un sencillo ejemplo demuestra la justicia de esta doctrina. No se concibe que se concediese en España este usufructo á una madre en cuyo país de origen no se le otorgase la patria potestad en defecto del padre, y esto debería acontecer si tuvieran sus hijos bienes inmuebles en España y se tratase de un estatuto real.

Entre las leyes relativas á la capacidad legal, tienen gran importancia y suscitan muchas cuestiones las referentes á la manera de suplirla por medio de la tutela. El docto Profesor de la Academia de Lausana, Mr. Lehr, en una notable monografía publicada por la *Revue de Droit International* (1), se ha preocupado del silencio de las legislaciones nacionales acerca de la tutela de los extranjeros y propone al importante Instituto de Derecho internacional que formule sobre este asunto algunos principios. Entre ellos indica que debiera determinarse que, cuando no sea posible deferir la tutela en la forma que prescribe la ley nacional, se considerara que los Agentes diplomáticos y consulares tienen las facultades que los códigos civiles conceden á las Autoridades judiciales del país de origen. Como ni el Código español ni ninguno de los que conocemos ha previsto este caso, consideramos muy autorizada la opinión de aquel ilustre publicista, que tiene también en su apoyo la declaración expresa de las convenciones consulares celebradas por España con Francia, Italia, Portugal y Alemania, y fuera de nuestra patria dos circulares del Ministerio de Relaciones exteriores de Francia de 11 de Octubre de 1847 y de 27 de Agosto de 1850, que se proponían suplir un vacío análogo del Código civil de la vecina República (2). En estos casos será difícil aplicar la prohibición de ser tutores á los extranjeros que no residan en España.

(1) *De la loi qui doit régir la tutelle des mineurs quand le tuteur légal est de nacionalité différente*, R. D. I., 1884, pág. 247 y 1889, pág. 140.

(2) Véase la *Guide des consulats* (4.ª edición) de Mrs. De Clercq y de Vallat.

La Convención de La Haya, para regular la tutela de los menores, de 12 de Junio de 1902, declara que dicha tutela es regulada por la ley nacional del menor, y que si este último tuviera su residencia habitual en el extranjero, el agente diplomático ó consular, autorizado por el Estado de que el menor sea procedente, podrá constituir la tutela, conforme á la ley de dicho Estado, si el Estado de la residencia habitual del menor no se opusiere á ello.

Acerca del ejercicio de la tutela, existe en los Estados Unidos una jurisprudencia que no creemos acertada. La Corte Suprema de la Carolina del Norte ha declarado que si un menor extranjero posee bienes inmuebles en dicho Estado, no puede enajenarlos sin proveerse de tutor con arreglo á las leyes del lugar donde están sitos los bienes, distinto del que tenga en el país de origen, y competentes tratadistas, entre ellos Lawrence, creen que si los bienes están en diversos Estados de la Unión, necesita que se le nombre tutor en cada uno. Esta doctrina rompe la unidad de la tutela; la haría imposible, como ha dicho acertadamente Mr. Clunet, y no cabe sostenerla tratándose de la aplicación del Código civil español y de los que tienen disposiciones análogas, puesto que aquél no permite, excepto en un caso taxativamente marcado, la administración de los bienes del menor más que por un solo tutor.

La Resolución de la Dirección general de los Registros de 7 de Diciembre de 1894 estima desde luego aplicable el art. 9.° á la institución de la tutela que debe regirse por la ley nacional del menor, aunque haya de contratarse sobre bienes sitos en un país distinto. Fundándose en esta doctrina, declara la Dirección inscribible un acto jurídico realizado en España por el tutor de un incapacitado extranjero, aun faltando la autorización del consejo de familia, pues no debe aplicarse en tal caso el artículo 269, núm. 5.°, del Código civil español, sino las leyes del país á que tal incapacitado pertenece.

III

Derechos y deberes de familia, estado, condición y capacidad legal de los extranjeros en España.

El Código, que determina detalladamente el estatuto real y formal respecto á los extranjeros que residen en España, nada dice acerca del estatuto personal de los mismos, excepto en lo que se refiere á los bienes muebles. En casi todos los Códigos civiles que han adoptado por modelo el de Francia se nota la misma omisión. Nosotros creemos que debe aplicarse en este caso el estatuto personal, fundados en las siguientes razones:

1.ª El art. 14.º del Código civil, que dice: «..... lo establecido en los artículos *nueve,* diez y once respecto á las *personas,* los actos y los bienes de los españoles en el extranjero *y de los extranjeros en España...»*

2.ª La doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo. Dicho alto Tribunal, en su sentencia de 6 de Noviembre de 1867, estableció que «el estatuto personal, no mediando un tratado especial, debe regir todos los actos que se refieran en lo civil á la persona del extranjero, subordinándose á las leyes vigentes en el país de que es súbdito y decidiéndose por él todas las cuestiones de aptitud, capacidad y derechos personales»; en la de 29 de Enero de 1875, que «es ley personal del individuo la del país á que pertenece, la cual le sigue donde quiera que se traslade, regulando sus derechos personales, su capacidad para transmitir por testamento ó *ab intestato* y el régimen de su matrimonio y familia»; y en la de 13 del mismo mes de 1885 que «es doctrina de derecho internacional privado que al extranjero le acompañan su estado y su capacidad y deben aplicársele las leyes personales de su país».

3.ª La ley del Registro civil de 1870, vigente en la parte no derogada por el Código, dispone en su art. 69 que el matrimonio de los extranjeros, contraído con arreglo á las leyes de su

país, deberá ser inscrito en España cuando los contrayentes ó sus descendientes fijen su residencia en España.

4.ª La legislación extranjera (1), señaladamente los Códigos de Italia, Austria, Portugal, Alemania, etc.

5.ª La jurisprudencia francesa que, haciendo un argumento *à pari*, ha interpretado en la forma expuesta el artículo que concuerda con el 9.° de nuestro Código en el de Napoleón.

Para la aplicación del estatuto personal se puede tener en cuenta, con el fin de determinarlo, la nacionalidad y el domicilio. En esta materia juzgamos que los principios más prácticos son los adoptados por el Congreso jurídico internacional de Lisboa de Abril de 1889: los Estados europeos deben aceptar la ley de nacionalidad; los de América, la del domicilio. Esta diferencia obedece al modo de ser de ambos, pues en unos la población tiende á la permanencia, y en los otros es variable por la inmigración. El principio de la nacionalidad creemos que debe ser el que en este punto se aplique en España, porque en él se inspiran los artículos que ahora comentamos y la doctrina legal antes expuesta.

Las excepciones al estatuto personal de los extranjeros pueden ser de dos clases:

1.ª Disposiciones contrarias de los tratados, que han de tenerse ante todo en cuenta en la parte del Código civil referente al derecho internacional privado, y á que hacía referencia la doctrina del Tribunal Supremo antes referida, que discrepa en esta cuestión de la de Francia, donde varias veces no se ha reconocido esta eficacia á los convenios internacionales.

2.ª Las leyes prohibitivas y las referentes al orden público y las buenas costumbres. El último párrafo del art. 11, tomado del Código italiano y adicionado en virtud de la ley de 26 de Mayo de 1889, establece «que las leyes prohibitivas concernien-

(1) El Código civil, con muy buen acuerdo, en las disposiciones transitorias preceptúa que se consulte para su reforma la legislación extranjera, é indudablemente conviene también su conocimiento para la interpretación del mismo.

tes á las *personas*, sus actos ó sus bienes, y las que tienen por objeto *el orden público y las buenas costumbres*, no quedarán sin efecto por leyes ó sentencias dictadas ni por disposiciones ó convenciones acordadas en país extranjero». Literalmente puede aplicarse este precepto para justificar la excepción indicada; pero si así no fuese, no podría dejar de serlo el de que donde existe la misma razón ha de haber igual disposición de derecho, cuya doctrina se robustece con la generalmente admitida por la jurisprudencia de todas las naciones. En Inglaterra se consideraba satisfecha la moral cuando la adúltera y su cómplice contraen matrimonio después de la muerte del marido (1). Como según nuestro Código los adúlteros condenados por sentencia firme no pueden contraer matrimonio, y no es posible desconocer que este precepto de la ley interpreta perfectamente el sentido moral de nuestro pueblo, éste sería un caso que, de aplicarse las referidas leyes, resultaría ofensa á las buenas costumbres.

¿Habría esa ofensa si se permitiese en España el matrimonio de un individuo legítimamente divorciado en un Estado que admitiera la disolución del vínculo, teniendo en cuenta que para nuestro Código civil el divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados? La opinión de los autores franceses está dividida sobre este particular. Unos han seguido el parecer de Demangeat, que no admite dicho matrimonio, y otros el de Merlín, que lo reputa legítimo. En la jurisprudencia de la vecina República se ha reflejado esta discrepancia, inclinándose á la opinión de permitir el matrimonio, después de una célebre sentencia del Tribunal de Casación de 28 de Febrero de 1860, que fué vivamente discutida por los tratadistas. Fiore sólo cree ofensivo para las buenas costumbres la hipótesis que á continuación exponemos, refiriéndola á nuestra patria. Supone el caso de que un francés se case con una española en el país de ésta; que traslade su residencia á Francia, consiga allí el divorcio y re-

(1) Glasson.—*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*. Tomo 6.º

torne á nuestra patria, para contraer nuevo matrimonio con una española.

El Instituto de Derecho internacional, en la citada reunión de Heidelberg, estableció este principio: «El divorcio declarado por un Tribunal competente, debe ser reconocido en todas partes.» A pesar de esta declaración teórica, en el derecho positivo el decidir si puede producir ofensa á las buenas costumbres el matrimonio á que nos referimos, queda al arbitrio de los Tribunales.

Confirma esta facultad la Convención de La Haya de 12 de Junio de 1902, disponiendo que los Estados contratantes no se obligan á permitir la celebración de aquellos matrimonios que, en razón de un matrimonio anterior ó de un obstáculo de orden religioso, fueran contrarios á sus leyes; de modo que en España las autoridades locales pueden rehusar el matrimonio á los extranjeros divorciados, aunque su ley nacional no conozca este impedimento.

IV

Bienes muebles.

Se han considerado éstos como ampliación de la personalidad—*personal property*, según la expresión de los jurisconsultos ingleses—, y, en su consecuencia, se les aplica en los conflictos internacionales el estatuto personal. Contra este principio, expuesto por los antiguos glosadores y consignado en un Código relativamente moderno como el de Italia, iniciaron Waechter y Savigny una decidida campaña. El legislador, dicen Waechter y de Bar, cuando se ocupa de la organización de la propiedad, no tiene en cuenta más que las cosas situadas sobre su territorio, pero todas las cosas; el interés económico es siempre el mismo, trátese de bienes muebles ó inmuebles. Hoy la teoría de la equiparación de los bienes muebles é inmuebles ante el derecho internacional cuenta con el concurso de jurisconsultos distinguidos y la autoridad de algunos Códigos, entre ellos el del Uruguay, que es de los más explícitos en este sentido. Sin

embargo, á la clara penetración de Savigny no se ocultó que hay bienes muebles, v. gr., el equipaje de un viajero, que es imposible someter á la *lex loci*, y forzosamente tuvo que restringir los límites de la doctrina, como han debido hacerlo, al aplicarla, los Códigos civiles de la República Argentina y de Costa Rica, que la aceptan en principio.

Respecto á la determinación de lo que debe entenderse por bienes muebles, creemos que se ha de atender al cap. 2.º del título 1.º, lib. 2.º de este Código, y no á los preceptos de la ley nacional del propietario de aquéllos, por la razón de que el interés del Estado, que somete á su soberanía los bienes inmuebles, no puede consentir que aquélla se menoscabe al hacerse la clasificación de los bienes en las legislaciones extranjeras.

Si bien han de regirse por el estatuto personal todos los derechos y acciones referentes á los bienes muebles, las relativas á conseguir que el que está en posesión de una cosa sea respetado en ella, hasta que se pruebe que la tiene ilegalmente, por ser cuestión de orden público, entendemos, con autorizados tratadistas, que han de sujetarse al estatuto Real.

En cuanto á la prescripción de cosas muebles, se ha suscitado la duda de si debe regirse por la ley del propietario ó por la del poseedor. Fiore se inclina á favor del primero, y esta opinión no es discutible en nuestro derecho positivo, puesto que el Código determina explícitamente que los bienes muebles están sujetos á la ley de la nación del *propietario*.

V

Bienes inmuebles.

Se definen en el art. 334 de este Código. Por formar parte del territorio del Estado (1) ó estar á él íntimamente unidos, y

(1) «De otra manera, ha dicho nuestro Tribunal Supremo, fácil sería á una Nación lastimar á las demás en un derecho tan alto y sagrado como es el del dominio, que todas ejercen de un modo absoluto sobre su territorio.» *(Sentencia de 23 de Octubre de 1873.)*

por los conflictos que originaría el que se rigieran por leyes diversas, se someten en todas las legislaciones que conocemos al estatuto Real.

La única diferencia entre ellas consiste en que algunas—como las de Francia, Austria, Holanda, Luisiana, etc.—someten los inmuebles, desde todos los puntos de vista, incluso el de las sucesiones, á la ley territorial, mientras que otras más modernas—como las de Italia, España y Alemania—sujetan los inmuebles á la ley de su situación, en lo que afecta á la organización misma de la propiedad, pero no en cuanto á todas las reglas jurídicas relacionadas con bienes inmuebles, pues las sucesiones en estos últimos son regidas por la ley nacional del difunto.

Respecto á la transmisión de los bienes inmuebles, si ésta es *inter vivos*, debe aplicarse el estatuto personal en lo referente á la capacidad, y el real en todo aquello cuyo objeto predominante y esencial son los bienes; y si es *mortis causa*, siempre, como veremos, se ha de acudir á la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trata. Respecto al primer punto, merecen consignarse las consideraciones que se le dedican en la excelente exposición de motivos que precede á la ley Hipotecaria. De no admitirse la doctrina expuesta, se dice, «todos los actos de comunicación ó de transmisión de la propiedad ó de constitución de un derecho real, verificados en el extranjero por extranjeros ó regnícolas, que se refieran á bienes sitos en España, aunque con arreglo á nuestras leyes fueran aquí válidos, no podrían inscribirse, ni aparecerían tampoco en el Registro las incapacidades para enajenar, que obrando dentro de sus atribuciones y derechos indisputables, impusieran los Tribunales extranjeros, conforme á las reglas del estatuto personal, por el que se gradúa la capacidad civil de las personas, á súbditos suyos que tuvieran en nuestro país bienes inmuebles, que siempre son regidos por el estatuto real, ó lo que es lo mismo, por la ley del suelo en que se hallan.» Desarrollando estos principios, establece la ley Hipotecaria en su art. 5.º, que «se inscribirán en el Regis-

tro los documentos ó títulos expresados en el art. 2.º (1), otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo á las leyes, y las ejecutorias de la clase indicada en el número 4.º del mismo artículo, pronunciadas por Tribunales extranjeros, á que deba darse cumplimiento en el Reino, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil.»

Los tratadistas de Derecho internacional privado suscitan una importante cuestión acerca de la forma en que se constituyen los derechos reales. Si se reconoce la libertad de las partes al constituirlos, imponiéndoseles escasas limitaciones, ¿por qué motivo, dicen, no han de poder sustituir su ley personal á la real, aun tratándose de bienes inmuebles? Entendemos que no, por la razón sencilla de que es esta una de tantas restricciones de la libertad de contratación y á la que, por referirse á su soberanía, no renuncia el Estado. Así lo comprendió el Tribunal Supremo al declarar en su sentencia de 21 de Enero de 1874, que «la eficacia de los contratos ó actos que afectan directamente la propiedad inmueble, se regulan por la ley del Estatuto Real»; y este es el espíritu del Código, puesto que en su art. 1325 permite en los matrimonios entre español y extranjera ó extranjero y española que estipulen lo que tengan por conveniente acerca de los bienes, y determina el régimen á que estarán so-

---

(1) Son éstos: 1.º Los títulos traslativos del dominio de los inmuebles ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos. 2.º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales. 3.º Los actos ó contratos en cuya virtud se adjudiquen á alguno bienes inmuebles ó derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos á otro, ó de invertir su importe en objetos determinados. 4.º Las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, ó la presunción de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdicción ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas, en cuanto á la libre disposición de sus bienes. 5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, ó los en que se hayan anticipado las rentas de tres ó más años, ó cuando, sin tener ninguna de estas condiciones, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban. 6.º Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales, que poseen ó administran el Estado ó las Corporaciones civiles ó eclesiásticas, con sujeción á lo establecido en las leyes y reglamentos.

metidos en el caso de no hacer uso de esta facultad; pero añade el artículo: *todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles.*

Un digno representante de Vizcaya expuso en el Senado una dificultad que podría originarse de la aplicación del art. 10 del Código civil. Es sabido que en Vizcaya está sometida á los fueros especiales de aquella región únicamente la tierra llana ó infanzonada y no las villas. Ahora bien: el vecino de una villa que posea bienes en el infanzonado, ¿podrá disponer de ellos, según el Fuero, ateniéndose al estatuto Real? Esto parecía lógico, teniendo en cuenta que la ley 15 del tít. 20 del Fuero de Vizcaya, vigente como toda la legislación foral, dispone que «los vecinos de villa que tuvieren bienes en la tierra llana, guarden el Fuero en disponer de ellos.» Sin embargo, con objeto de evitar la menor duda acerca de este particular, se consignó explícitamente dicha doctrina en el último párrafo del art. 10 del Código, adicionado en virtud de la ley de 26 de Mayo de 1889.

Sobre la transcendencia de esta última parte del art. 10, que implica un verdadero principio de territorialidad, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1902 y 27 de Enero de 1913.

VI

Sucesiones.

Nuestro Código, más conforme con los principios que los que, cual el del Perú, aplican á las sucesiones el estatuto real, no concibe que pueda dividirse la unidad y universalidad de la herencia, por el lugar en que están sitos los bienes, en la sucesión testamentaria y la somete á la ley nacional del testador. Como la sucesión *abintestato* se basa en la voluntad presunta, no cabe tampoco suponer diversidad en ésta, por el mero hecho de que sean distintos los puntos del globo donde se encuentran los bienes de cuya sucesión se trate.

Según el Código civil, para conocer las leyes que, en virtud

del estatuto personal, deben aplicarse á la sucesión, no es preciso averiguar, como se establece en muchas legislaciones, por ejemplo, en la Argentina y Chile, el último domicilio de aquel cuya sucesión se abra, sino su nacionalidad, pues bien claramente dice el art. 10 que la misma ha de regularse por su ley *nacional*.

El Código considera aplicable la ley nacional, así en lo que se refiere al orden de suceder como á la validez intrínseca de las disposiciones testamentarias y á la cuantía de los derechos sucesorios, con cuya palabra *cuantía*, traducida de la francesa *cuotite*, se designa, no la cantidad que aquéllos representan, sino la suma de sus condiciones, según declaró en el Senado el ilustrado Presidente de la Comisión. En el caso de que la condición de aquellos derechos sea tal que las deudas importen más que los créditos, como es indudable que para el derecho existe herencia y ha de aplicarse siempre á ésta la ley nacional del que la transmite, cualquiera que sea la cuantía de los derechos, no ofrece este caso dificultad teórica alguna.

En todas las materias que pertenecen al derecho privado internacional, es indispensable antes de resolver ninguna cuestión, consultar los tratados que existan entre España y el Estado á que pertenezcan el extranjero ó extranjeros, cuyas relaciones jurídicas con ciudadanos del nuestro hayan dado origen al conflicto. En este punto se han admitido principios tan opuestos que, mientras en las relaciones entre España y Francia acerca de la sucesión hereditaria se ha aplicado siempre el estatuto personal, se dispone que la herencia de los bienes inmuebles se rija por las leyes del país en que estén sitos en el art. 10 del convenio sobre intervención de los agentes consulares en las testamentarías de sus nacionales, que celebraron España y Rusia el año 1876.

Respecto á las sucesiones legítimas ó testamentarias de extranjeros fallecidos en España, que estuvieren pendientes al empezar á regir el Código, debe tenerse en cuenta la regla primera de las disposiciones transitorias.

Como determina el art. 14 del Código, y declara la sentencia del Tribunal Supremo de 18-19 de Diciembre de 1894, el art. 10 se aplica también á las diversas regiones españolas.

Supuesto que el causante de una sucesión no debía ser considerado como aragonés, deben aplicarse á esa sucesión las leyes de su nacionalidad, ó sea los preceptos del Código civil, sean cuales fueren los bienes de que se trate y el país en que estuvieren éstos. (Sentencia de 14 de Diciembre de 1901.)

No obstante, en los bienes raíces sitos en la tierra llana de Vizcaya, deben suceder los parientes tronqueros hasta el sexto grado, con preferencia á los que no sean tronqueros, aun cuando éstos se hallen, respecto al causante, en un grado más próximo, y aunque se trate de la sucesión de una persona no sujeta al Fuero de Vizcaya, porque así lo determina expresamente el último párrafo del art. 10 del Código civil, doctrina que reconoce la sentencia de 11 de Noviembre de 1902.

Véase también la de 28 de Enero de 1896, que aplica rectamente el párrafo segundo del mismo artículo á la sucesión en la mitad libre de bienes que fueron vinculados y radicaban en España, no obstante lo cual se consideró aplicable la ley nacional, que era la portuguesa.

VII

Forma y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos.

Aunque en el art. 11 no se exprese, aplican nuestras leyes el estatuto formal á los matrimonios de españoles ó de español y extranjera y viceversa celebrados en el extranjero, con la extensión y condiciones que deben indicarse al comentar el tít. IV de este libro, y muy especialmente las disposiciones complementarias de la ley del Registro civil que no han sido derogadas por el Código.

El motivo determinante de la general admisión que ha reci-

bido en todas las legislaciones (1) el principio *locus regit actum* es la conveniencia, ó mejor dicho, la necesidad de reconocer los efectos de los actos jurídicos realizados en el extranjero, donde no es fácil que pueda el otorgante revestirlos de las solemnidades que exija su ley nacional. Por esta razón, siempre que sea posible, debieran estar autorizados por funcionarios diplomáticos ó consulares de España, según los actos de que se trate, lo que el Código se limita á permitir (2). En dicho caso han de observarse, según se preceptúa expresamente, las formalidades de las leyes españolas, y aunque el artículo no lo dice, es evidente que ha de procederse en la forma que taxativamente se previene en los convenios para el ejercicio de las funciones consulares celebrados con diferentes naciones. Bar y otros jurisconsultos muy distinguidos, opinan que en ningún caso pueden autorizar dichos representantes actos de individuos que no pertenezcan al Estado que delega en ellos el ejercicio de determinadas funciones públicas (3).

Los tratadistas discuten acerca del particular varias cuestiones de interés.—¿Debe limitarse la observancia de la *lex loci* á las formas *probationis causa?* Entendemos que no, porque es dificilísimo distinguirlas de las que no tienen este objeto.—¿Se reconocerá eficacia á los actos legalmente realizados en el extranjero, cuando se ha buscado de propósito aquél lugar con el intento de eludir ciertas restricciones ó gravámenes que imponga la ley nacional? Dada la razón del artículo, parece que no debieran considerarse válidos; pero la ley no establece excepción al-

---

(1) En el Código civil francés no existe este precepto, no como dicen algunos autores por descuido, sino porque el Tribunal rechazó el artículo correspondiente y no fué sustituído por ningún otro. Esta deficiencia fué suplida por la jurisprudencia de los Tribunales.

(2) En algunas ocasiones es obligatoria dicha autorización. El art. 578 del Código de Comercio, por ejemplo, dice: «Si hallándose el buque en viaje ó en puerto extranjero, su dueño ó dueños lo enajenaren voluntariamente, bien á españoles ó á extranjeros con domicilio en capital ó puerto de otra nación, la escritura de venta se otorgará ante el Cónsul de España del puerto en que rinda el viaje...»

(3) *Esquisse du droit international privé.* — *Jornal du droit int. pr.*, 1888, n. III.

guna, y es, además, materia no menos difícil de resolver que la que antes indicábamos, la de apreciar la intención de las partes.—La disposición del art. 11 ¿es imperativa ó potestativa? Según ya hemos indicado anteriormente, siempre que fuere posible, debiera someterse el nacional á la ley de su país, y esto se permite desde el momento en que está previsto el caso de que los actos jurídicos que realice en el extranjero, sean autorizados por los funcionarios diplomáticos ó consulares, que habrán de observar las formalidades de nuestras leyes: la disposición, es, pues, potestativa en general.—Los actos que para su validez requieran que se consigne en un instrumento público y se otorguen en un documento privado en países en que no se exija aquel requisito, ¿serán válidos, ó bien no poducirán efecto alguno, como dispone el Código de Colombia? Nos inclinamos á la primera solución: primero, porque como antes decíamos, la ley no establece excepción alguna al desenvolver el principio *locus regit actum*, y segundo, porque nuestra jurisprudencia no tuvo reparo en admitir el testamento ológrafo otorgado por un francés en su país antes de que dicha forma fuese aceptada por nuestras leyes (1).

Además de estos principios generales, para determinar la extensión con que se aplica el estatuto formal á varias instituciones, es preciso tener en cuenta: 1.º, respecto al matrimonio el tít. IV de este libro primero y las disposiciones complementarias de la ley del Registro civil que no han sido derogadas por el mismo; 2.º, en lo que se refiere á las sucesiones, la sección novena del capítulo I, libro III del Código civil; 3.º, acerca de contratos sobre bienes inmuebles, los artículos de la ley Hipotecaria que hemos transcrito al tratar de éstos en el párrafo V de este comentario; y 4.º, en cuanto á las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, la sección segunda del tít. VIII, libro II de la ley de Enjuiciamiento civil.

Los documentos otorgados en el extranjero han de sujetarse

(1) Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Junio de 1873.

á las formas y solemnidades establecidas en el país donde se hayan verificado los actos ó contratos y deben estar legalizados (1). Esta legalización, según el Real decreto de 21 de Septiembre de 1848, corresponde á los cancilleres de los consulados, dentro de la demarcación del mismo, y al cónsul, si han de hacer fe en todo el Reino Una circular de 7 de Junio de 1859 dispuso que cuando los documentos procedan de vicecónsules ó agentes consulares que no sigan correspondencia directa con el Ministro de Estado, han de ser firmados por el jefe de la Legación ó cónsul respectivo (2). Un Real decreto-sentencia del Consejo de Estado, ha dispuesto que los poderes otorgados por un español residente en el extranjero, necesitan, para ser bastantes en España, además de la legalización del notario autorizante, hecha por el Ministerio de Justicia del país en que se otorga y del cónsul español residente en aquel punto, la del Ministerio de Estado respecto á este último funcionario.

En cuanto á la traducción de documentos presentados en idioma extranjero, es preciso advertir que para ser inscritos en el Registro civil debe acompañarse á los mismos su traducción en castellano, debiendo certificar de la exactitud de ella el Tribunal ó funcionario que los hayan legalizado, ó la Secretaría de la Interpretación de Lenguas del Ministerio de Estado, ó cualquier otro funcionario que para ello esté competentemente autorizado (3). La traducción de los documentos escritos en idioma que no sea el castellano que se presenten en juicio, pueden ser hechos privadamente; pero si alguna de las partes la impugna dentro de tercero día, manifestando que no la tiene por fiel y exacta, se remitirá el documento á la Interpretación de Lenguas para su traducción oficial (4).

---

(1) Artículos 600 de la ley de Enjuiciamiento civil y 27 de la del Registro civil.

(2) Conviene consultar acerca de dicha materia, las convenciones consulares que se indican al final de este comentario.

(3) Art. 28 de la ley de Registro civil.

(4) Art. 601 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Con objeto de facilitar la consulta de los tratados, aunque sin el propó-

Por Reales órdenes de 15 de Noviembre de 1901, del Ministerio de Estado, y 10 de Abril de 1902, del Ministerio de Hacienda, se dispone que los documentos autorizados ante los Cónsules españoles en el extranjero, tengan la misma validez en el Reino, sea cual fuere la nacionalidad de los interesados y haya

---

sito de hacer un trabajo completo, indicamos á contiuuación los artículos de los celebrados por España con las principales naciones que tratan de materias á que se aplica la teoría de los estatutos.

Tutela.—Convenios sobre atribuciones de los agentes consulares, celebrados con Alemania en 1872 (art. 11), con Italia en 1867 (art 17) y con Portugal en 1870 (art. 19) Tratado con Francia de 1862 (art. 20).

Derecho de adquirir, poseer y transmitir bienes muebles é inmuebles —Tratado de comercio con Alemania, de 1883 (art. 3.º); tratado de paz y amistad con la República Argentina, de 1863 (art. 8.º); t. de c. con Austria Hungría, de 1880 (art 3.º); t. de c con Bélgica, de 1878 (art. 2.º); tratado de p. y a. con Bolivia, de 1847 (art. 10); t de p. y a. con Costa Rica, de 1850 (art. 15); t. de p. y a. con Chile, de 1845 (art. 85); t. con Francia, de 1862 (art. 1.º, y de comercio, de 1882 (art. 5.º); t. de c. con Grecia, de 1875 (art 1.º); t p. y a. con Guatemala, de 1863 (art 7.º); Convenio consular con Italia, de 1867 (artículo 2.º); y de comercio de 1888 (art. 2.º); t. de p. y a. con Nicaragua, de 1850 (art. 10); t de c. con Rusia, de 1876 (art. 3.º); t de p y a con El Salvador, de 1865 (art. 7.º); t. de p. y a. con Santo Domingo de 1855 (art. 8.º); revalidado por el de 1874; t. de c con Suecia y Noruega, de 1883 (art 2.º); t de p. y a. con Venezuela, de 1845 (art. 13), y de c. de 1882 (art. 1.º); y t. de p. y a. con el Uruguay, 1882 (art. 8.º)

Sucesión testamentaria y abintestato.—Convenio consular con Alemania (artículos 10 á 12), y t. de c. de 1883 (art 3.º); t. de p. y a. con la República Argentina (art. 8.º), y canje de notas diplomáticas, de 1870; t. de p. y a. con Bolivia (art. 10); c. c con Bélgica, de 1870 (art. 15), y t de c. (art. 2.º); c. c. con el Brasil, de 1878 (arts. 16 á 33): t. de p y a con Costa Rica (art. 15); t de p. y a. con Chile (art 8.º); t con Francia, de 1862 art. 20, y t de c. (art. 5.º), t. de p. y a con Guatemala art. 7.º; c. c. con Italia (art. 17), t. de p. y a. con Nicaragua (art. 10); c. c. con los Países Bajos, de 1873 (art 15); c. c. con Portugal, de 1870 (art. 19); c. c. con Rusia, de 1876 (art. 9.º), y el convenio sobre intervención de los agentes consulares en las testamentarías de sus nacionales, de 1876; t. de p. y a. con El Salvador (art. 7.º); t. de p. y a con Santo Domingo (art. 8.º); t de c. con Suecia (art. 2.º); t. de p. y a. con Venezuela (art. 18) y t. de p y a. con el Uruguay (art. 8.º)

Atribuciones de los representantes consulares, para autorizar actos de sus nacionales —Convenios consulares con Alemania (art. 10), Bélgica (art. 10), el Brasil (arts. 10 y 11), Francia (art. 19), Italia (art. 16), los Países Bajos (art. 10), Portugal (art. 18), Rusia (art. 9.º) y el Uruguay, de 1870.

Las abreviaturas c. c. significan convenio consular; t de c., tratado de comercio, y t de p. y a., tratado de paz y amistad. La fecha de los tratados no se indica cuando se ha consignado anteriormente.

Sobre esta materia puede también consultarse la recopilación que publicó el Sr Toda; con la protección del Ministerio de Estado y el título de *Derecho consular de España*.

ó no tratados ó convenios especiales con la nación á que pertenezcan, siempre que los mencionados documentos reunan las demás circunstancias requeridas por derecho para su validez y eficacia en España.

El art. 11 se cita en las sentencias del Tribunal Contencioso-administrativo de 29 de Abril y 9 de Mayo de 1904.

VIII

Excepciones á las reglas anteriores.

El último párrafo del art. 11 es casi una transcripción literal del 12 del Código civil italiano, y damos por reproducidas en este lugar las consideraciones que hicimos acerca de la frase *orden público* en el comentario al art. 4.º, cuya expresión, así como la de *buenas costumbres*, deberán quedar al arbitrio de los Tribunales en lo que exceden de los preceptos del Código penal.

IX

Obligaciones.

En los artículos referentes á los estatutos, se legisla sobre la capacidad, el derecho de familia, el de propiedad y la forma extrínseca de los actos jurídicos; pero nada se dispone con relación á las obligaciones en su esencia.

Cuando se presente en dicha materia algún caso litigioso, será preciso acudir á los principios generales del derecho internacional, y en este punto pocos autores los ofrecen tan condensados, claros y prudentes como el distinguido catedrático de la Universidad de Turín, Sr. Fiore (1). Estos principios pueden resumirse en la siguiente forma: primero, ante todo es preciso atender á la voluntad de las partes, que pueden determinar la ley á que se someten; segundo, si pertenecen al mismo Estado,

(1) *Derecho internacional privado*, ó principios para resolver los conflictos entre las demás legislaciones en materia de Derecho civil y comercial, etc. Versión castellana de A. García Moreno. Madrid, 1878.

se entiende que aceptan la ley de éste; tercero, en otro caso debe aplicarse la del lugar donde se perfecciona la obligación (*lex loci contractus*), en todo lo que se refiera á su esencia y naturaleza, y la del lugar destinado á su cumplimiento (*lex loci executionis*), para todo lo que se refiera á la ejecución de la misma (1); y cuarto, si no se expresan dichos lugares y no es posible deducirlos de la naturaleza y circunstancias de la obligación, habrá de regir la ley del domicilio del sujeto pasivo de ella.

Por considerar que este es el lugar más oportuno, transcribimos á continuación los preceptos de carácter sustantivo, contenidos en el art. 600 de la ley de Enjuiciamiento civil, que dispone que los documentos otorgados en otras naciones tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España, si reunen los requisitos siguientes:

1.º Que el asunto ó materia del acto ó contrato sea lícito y permitido por las leyes de España.

2.º Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse, con arreglo á las leyes de su país (2).

Estos principios no se aplican: primero, si el objeto de la obligación es una cosa inmueble, en cuyo caso queda sometida al estatuto real; y segundo, por analogía con lo dispuesto acerca de los demás estatutos, si se opone á alguna ley prohibitiva ó referente al orden público ó á las buenas costumbres (3).

ARTÍCULO 12

Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las

(1) El Código de Comercio dispone en su art. 475 que «las letras giradas en territorio español sobre paises extranjeros, se presentarán con arreglo á la legislación vigente en la plaza donde hubieren de ser pagadas».

(2) Acerca de la legalización y traducción de dichos documentos, véase el párrafo VII de este comentario.

(3) Para ejercitar los derechos relativos á los estatutos, es preciso tener en cuenta las *Reglas para determinar la competencia*, que establece la ley de Enjuiciamiento civil en el libro primero, tit. II, sección segunda, y los *Comentarios* á la misma del Sr. Manresa.

reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino También lo serán las disposiciones del tít. 4.º, libro 1 º

En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito ó consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales.

ARTÍCULO 13

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará á regir en Aragón y en las islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga á aquellas de sus disposiciones forales ó consuetudinarias que actualmente estén vigentes.

Confiesan varios comentaristas de nuestro Código civil que no hallan concordancia entre los presentes artículos y ningún otro de Códigos extranjeros.

Y es verdad; los Códigos extranjeros han avanzado más que el nuestro en la vía de la unificación legislativa. El Napoleónico terminó con el régimen de fraccionamiento jurídico en que Francia vivía; la diversidad de tradiciones y necesidades de las provincias germanas del Norte y las romanas del Mediodía, sólo en algún caso concreto, mereció respeto al legislador, por ejemplo, al regular la organización económica de la familia, permitiendo la libre elección entre el sistema dotal y el de gananciales.

Alemania, á pesar de encontrarse en una situación compleja y difícil, pues unas regiones eran regidas por el Derecho común (esto es, el Derecho romano unido á una serie de Derechos locales, privilegios y estatutos codificados), otras tenían ya su Código propio y algunas eran regidas por el Código francés, por el austriaco ó por el Derecho danés, ha logrado promulgar un Có-

digo civil para todo el Imperio, siquiera la unidad de legislación introducida por él no sea tan absoluta como en Francia: la ley de Introducción abandona un buen número de materias de Derecho privado á la autonomía legislativa de los Estados.

Suiza, finalmente, después de no pocas dificultades, ha unificado las legislaciones cantonales mediante el Código de 1907, el cual únicamente hace la salvedad, respecto al Derecho cantonal vigente á su promulgación, de considerarlo como la expresión de la costumbre ó de los usos locales reservados por la ley, siempre que no se pruebe la existencia de otra costumbre en contrario.

En nuestra patria, la Constitución de 1812 estableció en su artículo 258, que el Código civil debía ser el mismo para toda la Monarquía, aunque sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias pudieran hacer las Cortes; inspirándose en los principios de su notable discurso preliminar, donde se afirma la unidad legislativa de la nación en lo esencial, si bien se reconoce que las diferencias que en ella se manifiestan habían de traducirse en variedades en el derecho. Con objeto de realizar aquella aspiración, se nombraron diversas comisiones para la redacción de un Código civil, que presentaron los proyectos de 1821, 1836 y el más conocido de 1851, que suscitó la oposición de las regiones forales, y al que siguió el del Sr. Romero Ortiz, circunscrito al libro 1.°, ninguno de los que se convirtieron en ley.

Planteado nuevamente el problema de la codificación civil en 1880, resolvióse éste por Real decreto de 2 de Febrero en el sentido de que se respetarían las instituciones forales que se considerasen convenientes, consignándose en forma de excepción á las reglas generales del Código.

En 1881 presentó el Sr. Alonso Martínez un proyecto de ley de bases, que en lo que se relaciona con la subsistencia de las legislaciones forales objeto del presente artículo, establece: 1.°, el respeto provisional á las legislaciones especiales, pero no al derecho supletorio romano y canónico, que habrían quedado sin

efecto desde la publicación del Código; 2.º, la conveniencia de redactar el Código general de suerte que se lograra su posible asimilación con las instituciones especiales, acercándose cuanto fuese dable á la unidad legislativa; 3.º, la presentación de proyectos de ley en que se regulasen las instituciones forales que, por estar muy arraigadas en las costumbres, fuese imposible suprimir sin afectar hondamente á las condiciones de la propiedad ó al estado de la familia, y 4.º, el principio de libre opción del Código general, reconocido á los naturales de las provincias aforadas y á los que en ellas posean bienes inmuebles ó derechos reales.

A este proyecto sucedió el presentado por D. Francisco Silvela, que constituyó en lo esencial la ley de bases de este Código, habiéndose desarrollado la relativa al derecho foral en el presente artículo y los que con él concuerdan.

Prescindiendo del examen del difícil problema de la extensión que haya de darse al principio de la uniformidad en el derecho y á la forma en que deban de armonizarse en todas las esferas jurídicas la unidad y la variedad, existía desde luego en España el hecho de la variedad de legislaciones civiles, no accidental y arbitraria, sino respondiendo á diversidad de historia, de costumbres y aun de condiciones físicas. Era ésta, por tanto, una cuestión de política legislativa que había de resolverse con extremada prudencia, independientemente de la opinión que en el terreno abstracto se tuviera acerca de su fundamento teórico.

Por estas consideraciones entendemos que, no ya los partidarios de las legislaciones forales, sino todo espíritu imparcial, considerará preferibles las actuales bases á las anteriores por las siguientes razones: 1.º, porque estando en perfecta armonía el derecho romano y canónico con el foral en varias provincias, y hallándose incorporado á éste en algunas, puede ser supletorio de aquél; pero ninguna relación habría entre la ley principal y la supletoria, si esta era el Código civil, resultando el hecho anómalo, por ejemplo, de que el desarrollo del sistema

dotal que admite en general el derecho de Cataluña, se encontrase en las reglas que para el sistema de gananciales establece el Código; 2.°, el principio de asimilar todas las instituciones civiles de España, si bien parece aceptable en parte, no lo es por completo si se tiene en cuenta que muchas son tan opuestas que se desnaturalizan con estas transacciones, como la viudedad foral de Aragón, que pugna con todo el sentido del derecho castellano; y 3.°, permitiéndose la opción entre las instituciones forales y el Código, se habría introducido un lamentable estado de confusión en las provincias que tienen una legislación especial.

El último proyecto de bases tendía á evitar estos inconvenientes, y al ser aceptadas por jurisconsultos de diferentes partidos, entre ellos por los que habían presentado y sostenido las anteriores, que hicieron el noble sacrificio de su opinión ante el interés nacional, y al ser aprobadas por las Cortes, se ha obrado, en nuestro sentir, con la prudencia que aconseja el arte legislativo.

El único menoscabo que sufre el derecho foral consiste en quedar sin aplicación todas aquellas disposiciones que sean opuestas á las del título preliminar, que se ha hecho extensivo á todas las provincias del Reino, en cumplimiento del art. 5.° de la ley de bases, cuyos términos han sido fielmente trasladados al Código.

Algo menos escrupuloso ha sido el desenvolvimiento de la última parte del referido art. 5.° de la ley de bases, que disponía que también fueran obligatorias para todas las provincias «las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3.ª, relativa á las formas de matrimonio». En efecto, dicha base abarca menos que el tít. 4.° del libro 1.°, que comprende, por ejemplo, los derechos y obligaciones entre marido y mujer (1).

(1) La ley de 18 de Junio de 1870 autorizando al Gobierno para publicar como ley provisional el proyecto de la de Matrimonio civil, dejaba á salvo lo dispuesto por el derecho foral vigente respecto á los efectos civiles del matrimonio, en cuanto á las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes.

En el derecho positivo, sin embargo, no es posible desconocer que prevalecerán todas las disposiciones del mencionado título 4.º, puesto que el artículo en que así se dispone forma parte del título preliminar, que la ley de bases y el Código han hecho obligatorio para toda España.

Así como aquí se ha avanzado con exceso, en cambio creemos que existen en la ley de bases algunas omisiones, pues también debiera haberse declarado de general aplicación el título 1.º del libro 1.º, que se refiere á la nacionalidad española, prescindiendo de toda interior diferencia, y que no podrá menos de tener dicho carácter, aunque no se halle así dispuesto.

Asimismo debieran haberse declarado obligatorias en todo el Reino las modificaciones que indirectamente ha hecho el Código respecto á los preceptos de las leyes especiales, v. gr., la de minas, pues no hay disposición alguna que lo exprese, y, por otra parte, al decirse que las provincias de derecho foral conservarán su actual régimen jurídico, podría entenderse que en éste se comprenden las leyes especiales tal como existían al aparecer el Código.

Véase al final la doctrina sentada en este punto por la jurisprudencia.

Aparte de aquellas excepciones, queda vigente el actual régimen jurídico de las provincias y territorios que lo tienen especial. Se había declarado oficialmente en las Cortes que se conservaría el derecho foral en toda su integridad. Sin embargo, para evitar toda duda, dice el Código que se comprende en aquél al derecho consuetudinario y al supletorio, lo que era evidentemente necesario; pues, aun después de haber establecido el Código civil que éste regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del *que lo sea* en cada una de aquellas provincias, ha sostenido un comentarista del mismo que en Cataluña, desde el día en que rija deja de ser supletorio el Derecho romano.

Las provincias á que se refieren los presentes artículos son: Aragón, Cataluña, Islas Baleares, Navarra, Provincias Vas-

congadas y Galicia. Ponemos separadamente á continuación el régimen jurídico de cada una de estas regiones:

Aragón.—La Recopilación de 1247, ó sea la que formó el Obispo de Huesca, D. Vidal de Canellas, por orden de D. Jaime I, disponía que *ubi autem dicti Fori non suffecerint, ad naturalem sensum vel aequitatem recurratur.* Al indagar dónde debía buscarse la equidad que ha de suplir al Fuero, se han dividido los tratadistas aragoneses, defendiendo como derecho supletorio, el romano, el Fuero Juzgo, el derecho canónico y el de Castilla. Esta última solución adquirió gran preponderancia en el importante Congreso jurídico regional celebrado en Zaragoza el año 1880, y ha sido aceptada por la ley de bases.

De la redacción del art. 7.° de dicha ley parece deducirse que en Aragón debe ser el Código lo principal y su derecho lo accesorio; pero en concordancia con el 5.°, que es de aplicación general á todas las provincias forales, se desprende que no se ha hecho otra cosa respecto á Aragón que prescindir de todo derecho supletorio que no sea el Código civil.

De suerte que el orden de prelación de las fuentes legislativas del derecho aragonés en el orden civil, será el siguiente: 1.°, título preliminar de este Código; 2.°, leyes de carácter general (1), publicadas con posterioridad al Real decreto de 3 de Abril de 1711, que restableció de un modo definitivo el derecho de Aragón; 3.°, los fueros comprendidos en el período que media desde la Compilación de 1547 hasta 1702; 4.°, la Compilación de 1547; 5.°, las Observancias, compiladas en 1437; 6.°, la costumbre (2); 7.°, el Código civil.

Cataluña.—Por el nuevo Código ha sufrido escasa alteración

(1) Naturalmente, salvo aquellas en que se respete el derecho foral, como acontecía en la que autorizó la publicación de la ley de Matrimonio civil de 1870.

(2) El art. 7.° de la ley de Bases consigna explícitamente que regirá el Código «en cuanto no se oponga á aquellas de sus disposiciones forales ó *consuetudinarias* que actualmente estén vigentes». Muchas de las costumbres á que en el texto se hace referencia han sido indagadas y reunidas en la obra del Sr. Costa, *Derecho consuetudinario del Alto Aragón* (Madrid, 1880.)

su actual régimen jurídico, que á continuación se indica: 1.º, título preliminar del Código civil; 2.º, leyes de carácter general posteriores al decreto llamado de Nueva planta, de 1716; 3.º, Usages, Constituciones, Capítulos y Actas de Cortes y otros derechos, compilados últimamente en 1704; 4.º, el derecho canónico; 5.º, el derecho romano (1); 6.º, la costumbre (2); 7.º, el Código civil (3).

Este es el derecho foral aplicable á todo el antiguo Principado, pues, aparte de éste, existen legislaciones especiales como las célebres Costumbres de Tortosa (4). La extensión del territorio á que deben aplicarse estas legislaciones locales, puede probarse por las antiguas concesiones, las sentencias de la Audiencia de Cataluña y del Tribunal Supremo, la doctrina de los autores y la posesión inmemorial.

Islas Baleares.—En buena teoría parlamentaria podría discutirse si había sido correcto el procedimiento observado por la Comisión mixta elegida para conciliar las diferencias que había introducido el Congreso en el proyecto de ley de Bases aprobado por el Senado—única cosa para que le concedía facultades el artículo 10 de la ley de relaciones entre los Cuerpos Colegisladores—y que, no obstante, incluyó en el art. 7.º de la referida ley de Bases, entre las disposiciones relativas á Aragón, las islas Baleares, que no estaban comprendidas en ninguno de los dos proyectos que debía conciliar la Comisión expresada; bien es verdad que, según ha declarado uno de sus ilustrados indi·

---

(1) Hasta aquí nos atenemos á lo dispuesto en la ley única, tít. 30, libro 1.º, vol. 1.º de las Constituciones, confirmada por el cap. 42 del decreto de Nueva Planta, que constituye la ley 1.ª, tít. 9.º, libro 5.º de la Novísima Recopilacion.

(2) Fuente de derecho autorizada por el canónico y el romano y la doctrina de los autores.

(3) En virtud del art. 12 del mismo.

Autorizados tratadistas del derecho civil catálan afirman que las leyes de Partida sólo se han citado en Cataluña por sus concordancias con el Código de Justiniano y el Digesto, y nunca considerándolas elemento de su derecho foral, como algunos creen.

(4) Véase, acerca de estas costumbres, la obra de D. Bienvenido Oliver, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia* (Madrid, 1876-81).

viduos, procuró atender con esto la opinión del Colegio de Abogados de Mallorca.

Una vez aprobada y sancionada la ley, es indudable que en aquellas islas regirán: 1.º El título preliminar del Código civil. 2.º Las leyes generales posteriores al Real decreto de 28 de Noviembre de 1715. 3.º Las Reales Pragmáticas, Privilegios y buenos usos aplicados de antiguo en aquel territorio. 4.º El Código civil.

Algunos comentaristas indican que seguirá siendo supletorio del derecho mallorquín, el de Cataluña; pero el art. 13 no tiene explicación alguna, ó se propuso que inmediatamente después del derecho especial de Aragón y de las Baleares, ó sea en todo aquello que al mismo no se opusiera, se aplicase el Código civil.

Navarra.—Orden de prelación de sus fuentes de derecho: 1.º Título preliminar del Código civil. 2.º Leyes de carácter general. 3.º Las leyes de Navarra posteriores á la Novísima Recopilación de este antiguo Reino. 4.º La Novísima Recopilación de Elizondo. 5.º Amejoramientos del Fuero. 6.º El Fuero. 7.º El derecho romano. 8.º El Código civil.

El Tribunal Supremo ha declarado, señaladamente en las sentencias de 4 de Mayo de 1863, 17 de Junio de 1865 y 21 de Marzo de 1867, que por el derecho común que debe servir de supletorio á los fueros navarros, ha de entenderse el romano, y en la última, que no puede aplicarse en dicho concepto el derecho canónico.

Se ha entendido también que, á falta del derecho romano, debía acudirse á las Partidas; pero citándose éstas como expresión del derecho de Castilla, aun para los que así opinen, no existe motivo legal para preferir la obra de Alfonso X al Código civil.

En pleitos sobre servidumbres urbanas se han aplicado las Ordenanzas municipales de 1786, con asentimiento del Tribunal Supremo.

Provincias Vascongadas.—Respecto á Vizcaya, en la tierra

llana ó infanzonada, que es la depositaria de los fueros y privilegios, debe observarse el siguiente orden de prelación en la aplicación de éstos: 1.º Título preliminar del Código civil. 2.º Leyes de carácter general. 3.º Los *Privilegios, franquezas y libertades de los caballeros hijos dalgo del Muy Noble y Muy Leal Señorío de Vizcaya*, confirmados por la ley de 25 de Octubre de 1839. 4.º El Código civil. Este último debe considerarse supletorio de sus fueros, porque por tal ha sido tenido el derecho de Castilla (1), además de la prescripción del art. 12. En las villas no rige el derecho civil de Vizcaya (2), excepto la disposición citada en el art. 10, y sí el de Castilla; y ahora, por lo tanto, el Código, lo mismo que en las provincias y territorios no aforados.

Alava tiene un Cuaderno de leyes y ordenanzas, pero hacen escasa referencia al derecho civil, por cuyo motivo en el *Privilegio de contrato* que otorgó á dicho Señorío Alfonso XI, dispuso que «et cuanto en los otros pleitos, é la justicia, tenemos por bien que ellos, é todos los otros de Alava hayan el Fuero de las leyes», cuyas últimas palabras hacían referencia al Fuero Real, que era entonces el primero de los Códigos que se aplicaban en Castilla.

La cuestión del derecho foral en la provincia de Alava ha sido agitada estos últimos años con referencia al fuero de Ayala. Aunque este fuero, en su totalidad, hace tiempo que no está vigente, pues fué renunciado en 1487, los ayaleses hicieron de esta renuncia algunas excepciones, una de ellas la relativa á la libertad de testar; y como antes de la publicación del Código civil se hizo uso general en Ayala de esta prerrogativa, es preciso reconocer su actual subsistencia, dados los términos en que está redactado el art. 12.

---

(1) Véanse la ley 3.ª, tít. 26 de los Fueros Vizcaínos y las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 1861, 28 de Junio de 1862 y 23 de Febrero de 1866.

(2) Ley 13, tít. 20 de los citados Fueros, y sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1862, 31 de Diciembre de 1864 y 28 de Noviembre de 1867.

Galicia.—Ofrece esta región dos especialidades forales: la costumbre relativa á la sociedad de familias y la institución conocida con el nombre de *foro*, la que, además de estar comprendida en el art. 12 del Código, está explícitamente reconocida en el 1611 del mismo, cuyo último párrafo dice así: «Lo dispuesto en este artículo no será aplicado á los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial.»

Período de aplicación del art. 12 del Código civil.—Dice el citado artículo que subsistirá en toda su integridad el derecho foral *por ahora*, y creemos necesario determinar el alcance de este adverbio de tiempo, vago de suyo. Su determinación precisa, en lo que cabe, se encuentra en el art. 7.º de la ley de bases, que en su segundo y tercer párrafo dice lo siguiente: «El Gobierno, previo informe de las Diputaciones provinciales de Zaragoza, Huesca, Teruel é Islas Baleares y de los Colegios de Abogados de las capitales de las mencionadas provincias, y oyendo á la Comisión general de Codificación, presentará á la aprobación de las Cortes, en el plazo más breve posible, á contar desde la publicación del nuevo Código, el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón é Islas Baleares que convenga conservar. Iguales informes deberá oir el Gobierno en lo referente á las demás provincias de legislación foral.»

Un Real decreto de 24 de Abril de 1899, refrendado por el Sr. Durán y Bas, pareció iniciar cierta actividad en este asunto, constituyendo en las regiones de Derecho foral Comisiones encargadas de formular los Proyectos de Apéndices. La de Vizcaya cumplimentó su encargo en 1901, remitiendo al Gobierno un Apéndice de 131 artículos. El de Baleares lleva fecha de 20 de Febrero de 1903 y consta de 82 artículos. El de Aragón, ultimado en 29 de Febrero de 1904, se compone de 370 artículos y lleva una brillante exposición de motivos, trabajo delicadísimo del ilustre jurisconsulto aragonés D. Joaquín Gil Berges. El de Navarra se titula *Proyecto del Código civil de Navarra* y

tiene 1976 artículos, como el Código civil general, del que reproduce á la letra la mayor parte de los artículos, salvo los inspirados en las especialidades forales. La Comisión catalana no ha dado cima hasta el presente á su labor no obstante los apremios que se le han hecho en distintas ocasiones por el Gobierno.

Jurisprudencia.—Muchas é importantes son las sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección general de los Registros, á que ha dado lugar la aplicación del art. 12, lo cual no es de extrañar, dada la índole del asunto y la lucha de encontrados intereses á que pueden servir de amparo, ya el derecho común, ya las legislaciones forales.

Al publicarse el Código civil eran muchas las leyes que, como de aplicación general, regían en los territorios que gozan legislación especial, así como en el resto de la Península. Como dice un escritor notable, el respeto á las legislaciones y fueros especiales de determinadas provincias, no impidió implantar en ellas las leyes de Señoríos de 1811, 1823 y 1837; los Códigos de Comercio de 1829 y 1885; las leyes desvinculadoras de 1820, 1836 y 1841; la de Mostrencos de 1835; las desamortizadoras de 1855 y 1856; la de interés del capital; el Código penal; las leyes de Procedimiento, Minas, Capellanías, Hipotecaria y de Aguas, Propiedad industrial é intelectual, Caza, Expropiación forzosa y otras.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de Marzo de 1893, declara aplicable á Cataluña el orden especial de suceder establecido en la ley de 1835. Para establecer esta doctrina se funda en que el Decreto de Nueva Planta (15 de Enero de 1716), marca la época á partir de la cual las leyes posteriores á esa fecha son aplicables lo mismo á Cataluña que á las demás partes del territorio nacional, mientras en las mismas leyes no se restrinja su imperio, por lo que la ley de Mostrencos, dada por el único Poder legislativo existente en España, debe evidentemente ser aplicable á Cataluña. Al decidirse así no se infringe el art. 12 del Código civil, porque éste al respetar el régimen jurídico foral, se refiere á un estado de derecho preexistente, cual es en

materia de sucesiones la expresada ley de 1835, desde la cual es evidente que se varió el orden de suceder abintestato, que antes en Cataluña se regía por el derecho romano.

Dedúcese de esta sentencia, y lo mismo de otra dictada en 1.º de Marzo de 1902, que el Tribunal Supremo, rigiendo ya el Código, estimaba vigente en Cataluña dicha ley de Mostrencos de 1835, y no las disposiciones del mismo Código sobre sucesiones, que en las provincias en que impera la legislación común han derogado los preceptos de aquélla.—Hay que confesar, sin embargo, que en dichas sentencia no fué objeto especial de debate esta importante cuestión, pues en la primera se prescindió de este punto de vista, limitándose á decidir la preferencia entre el derecho romano y la ley de 1835, y en la segunda no se trataba precisamente del orden de suceder abintestato, sino de si era ó no admisible el derecho de representación en parientes del quinto y sexto grado.

La cuestión tenía que plantearse forzosamente más tarde ó más temprano. Las disposiciones de los títulos 1.º y 4.º del libro 1.º del Código son obligatorias en toda España, á tenor del art. 12; *en lo demás*, las provincias y territorios en que subsiste el derecho foral, deben conservarlo por ahora *en toda su integridad, sin sufrir alteración su actual régimen jurídico.* Al derogarse en el Código leyes y preceptos de carácter general, vigentes en las regiones forales, ¿debe estimarse, con arreglo á este precepto, que los artículos del Código que han sustituído á las leyes derogadas, forman hoy parte del régimen jurídico de esas regiones, y son, por tanto, aplicables á las mismas? ¿Debe sostenerse, á pesar de la derogación, el régimen jurídico existente cuando se publicó el Código? ¿Renacen, por ventura, por virtud de esa misma derogación, los antiguos preceptos y las costumbres antiguas de cada región, que aquellas leyes generales, hoy ya sin vigor, vinieron á derogar? Cuestión es esta importantísima y de difícil solución. De los tres caminos señalados que podían seguirse, el último queda descartado; el segundo es quizás el que más se amolda al precepto del art. 12, literalmente interpretado,

y el primero es el que ha parecido más simpático á la jurisprudencia, no sólo por contar con valiosos fundamentos en su apoyo, sino tal vez por contribuir eficazmente á que poco á poco vayan imperando las mismas leyes en toda la Nación.

Optaron desde luego por mantener, como legislación foral ó vigente, en las regiones forales, la que ya existía al regir el Código, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Marzo de 1892, y la Resolución de la Dirección general de 26 de Abril de 1894, las que interpretaron restrictivamente el art. 12, bajo la base de que en él se excluye terminantemente la aplicación del Código en esas regiones, salvo en la parte que taxativamente consigna.

Pero después repetidas decisiones han afirmado una doctrina contraria. Para ello se parte del supuesto de que el art. 12 del Código civil, al mantener el derecho foral en toda su integridad, salvo en lo relativo á los títulos 1.° y 4.° del libro 1.°, se refiere únicamente á las leyes ó costumbres especiales de cada región, y no en modo alguno á los preceptos de carácter general aplicables en todo el reino, que no pueden calificarse de derecho foral; que siendo esto así, es evidente que los artículos del Código que han venido á modificar leyes anteriores de aplicación general, rigen en toda la Península, sin que por ello se quebrante en lo más mínimo la doctrina del art. 12, porque el régimen verdadero foral, las leyes y costumbres especiales subsistentes en cada región, no se alteran ni se modifican, se respetan en toda su integridad, y únicamente sufren alteración preceptos del derecho común, respecto á los cuales es idéntica la situación en todas las provincias españolas. Fijando esta idea declara la sentencia de 8 de Junio de 1904, que régimen foral es el establecido en cada región, en cuanto no se halle derogado ni modificado por leyes de carácter general y obligatorio.

Por esto, el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 12 de Junio de 1894 y 12 de Febrero de 1897, cuya importancia no cabe desconocer, declaran que habiendo regido la ley de Enjuiciamiento civil en su totalidad desde su publicación, en todas las

provincias, todo lo comprendido en dicho cuerpo legal dejó en su virtud de formar parte del derecho foral, y pasó á ser legislación común de España; y siendo así, en lo que las disposiciones de la misma estén en contradicción con el Código civil, ley posterior, han sido derogadas por el art. 1976, y no puede pretenderse su subsistencia al amparo del art. 12, porque este artículo mantiene enfrente del Código el derecho foral, es decir, el excepcional, pero no el común que antes de la promulgación de aquél regía para determinadas materias en las provincias ó territorios del fuero. En su consecuencia, el discernimiento y ejercicio de la tutela tiene que acomodarse en Cataluña á las prescripciones del Código civil contenidas en los títulos 9.° y 10 del libro 1.°, derogatorias de las del tít. 2.°, libro 3.° de la ley de Enjuiciamiento civil.

Con igual criterio aplican los preceptos del Código, y de otras leyes generales, á los territorios regidos por fueros, las sentencias de 3 de Febrero y 16 de Junio de 1897, 16 y 26 de Enero de 1897, y las Resoluciones de la Dirección general de 22 de Agosto de 1893, 24 de Febrero, 4 de Marzo y 21 de Abril de 1896, estas tres últimas relativas á la necesidad de que se obtenga la autorización del consejo de familia, tanto en Cataluña como en Navarra, para la validez de las enajenaciones y particiones de herencia en que se hallen interesados menores sujetos á tutela.

En la Resolución de 15 de Noviembre de 1899 declara la Dirección de los Registros, que en Cataluña rige, como de aplicación general, la ley Hipotecaria, por lo que, derogado el artículo 188 de ésta por el 1361 del Código civil, éste es el que en dicha región debe aplicarse para la validez de las enajenaciones de bienes dotales inestimados ó gravámenes sobre los mismos.

El afianzamiento en regiones forales de obligaciones mercantiles se rige por el Código de Comercio, al que suple el Código civil, y no relevándose en éste á la mujer de las obligaciones de fianza libremente pactadas, es evidente que en las contraídas

por una mujer en favor de otra, no puede invocarse el senadoconsulto Veleyano. (Sentencia de 29 de Diciembre de 1898.)

En lo relativo á la capacidad de la mujer casada para contratar y obligarse, la Dirección general empezó afirmando, en 26 de Abril de 1894, que la mejor explicación del precepto del artículo 12 está en el art. 5.° de la ley de bases, con arreglo al cual, después del Código, habría en España dos formas de matrimonio, el canónico y el civil, sin que pudiera nunca entenderse que las mutuas relaciones entre los cónyuges, ni la capacidad de la mujer para contratar, debiera regirse por el Código civil, porque en este particular lo único que puede imperar en provincias aforadas es su especial legislación, respetada y mantenida en toda su integridad por dicho Código.

Después, la misma Dirección ha cambiado radicalmente su doctrina, y aplicando el art. 61 del Código á las provincias aforadas, como comprendido en el título 4.° de su libro 1.°, ha acabado por afirmar que la capacidad de los cónyuges para contratar y obligarse se rige en todo por los preceptos del Código civil, por lo que son aplicables en dichas provincias el art. 1458, el 1387 y otros Véanse las resoluciones de 28 de Noviembre y 6 de Diciembre de 1898; 23 de Octubre de 1899; 24 de Enero, 26 de Abril y 12 de Septiembre de 1901, y 10 de Agosto de 1902.

Véanse también las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de Julio y 22 del mismo mes de 1901, la primera sobre aplicación en Cataluña de los arts. 56, 57, 68 y 73 del Código civil, y la segunda declarando nulo un matrimonio secreto de conciencia celebrado en Barcelona, porque no habiéndose inscrito en el Registro civil, no produce efectos civiles con arreglo á lo dispuesto en el art. 79 de dicho Cuerpo legal.

En Navarra, declara la resolución de 24 de Mayo de 1905, rige el art. 61 del Código, por lo que, el marido no puede por sí y en representación de su esposa, comprar para ambos una finca, teniendo que intervenir ella ó mediar poder.

Vigente en Navarra, dice la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Noviembre de 1902, el art. 64 del Código, está subor-

dinado á la condición establecida en el 168, aplicable como ley general, por lo cual, al contraer matrimonio por segunda vez una madre, después de regir el Código, perdió la patria potestad sobre sus hijos con todas sus consecuencias, lo que no implica efecto alguno retroactivo dado á la ley; sin que tampoco pueda sostenerse la subsistencia de la ley de matrimonio civil en aquella provincia por virtud de lo dispuesto en el art. 12, porque en este artículo se mantiene tan sólo el derecho foral ó especial, pero no el común que anteriormente regía para determinadas materias en los territorios del Fuero.

Con arreglo á la sentencia de 14 de Diciembre de 1905, rigen en Cataluña las disposiciones del Código sobre retracto de colindantes, por no oponerse á las leyes del principado, ni á las leyes romanas ó supletorias.

Rige también en esa región el art. 1458, y los relativos en general á la capacidad para contratar, por lo que si no se pactó entre los esposos, ni se acordó judicialmente la separación de bienes, es nula la venta hecha por un marido en favor de su mujer ó viceversa. (Resolución de 14 de Noviembre de 1906.)

Si bien en Cataluña rige la Real orden de 7 de Noviembre de 1864 sobre escrituras de censo, esa Real orden no es aplicable en el caso de venta judicial de la finca enfitéutica, en el que debe estarse á lo dispuesto en el Código civil. (Resolución de 16 de Enero de 1905.)

En otros casos, y con relación á puntos menos dudosos, se respeta el derecho foral como preferente al Código. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1902, fundándose en el art. 12, y en el último párrafo del art. 10, aplica el principio de troncalidad á las sucesiones de bienes raíces sitos en tierra llana de Vizcaya; la de 13 de Mayo del mismo año considera inaplicable en Cataluña el art. 807 del Código, porque estando perfectamente definidos en su legislación especial los derechos de los hijos naturales, admitir la doctrina de ese artículo como supletorio, no sería en verdad suplir, sino derogar un derecho foral vigente con arreglo al art. 12; la de 26 de Sep-

tiembre de 1901 declara válido el testamento ológrafo escrito en papel blanco común en las Provincias Vascongadas, por formar la exención fiscal de que disfrutan esas provincias parte de su régimen jurídico vigente, en virtud del citado artículo; y la de 9 de Abril de 1898 decide que el art. 12 respeta el régimen foral, no sólo en su derecho escrito, sino también en su derecho consuetudinario y supletorio, por lo que el art. 603 del Código civil, sobre redención de la servidumbre de pastos, no es aplicable á Navarra, donde rige como supletorio el derecho romano. Según la sentencia de 8 de Junio de 1904, los arts. 681 y 687 del Código no rigen en Cataluña, donde pueden ser testigos de los testamentos, los amanuenses ó dependientes. La de 6 de Junio de 1905, declara aplicable á Mallorca la Novela 159 de Justiniano, no rigiendo por ello los arts. 781 y 785 del Código civil.

A su vez, la resolución de 20 de Noviembre de 1900 aplica la legislación catalana al arrendamiento de cosas y derechos; la de 27 de Noviembre del mismo año declara nulas, con arreglo á las Costumbres de Tortosa, la comunidad universal entre cónyuges y las donaciones del uno al otro; y la de 18 de Enero de 1901 expresa que la ley Hipotecaria en primer término, y el derecho catalán después, son aplicables en las constituciones de dote y prohibiciones de donar entre marido y mujer. Véase también la de 20-22 de Octubre de 1898, sobre enajenación del dominio útil de una finca sin dar aviso al señor directo, ni expresar los motivos que lo impidieron, ni dejar á salvo su derecho, en la que se declara vigente la Real orden de 7 de Noviembre de 1864, que exige esos requisitos, y se dictó para ejecución y cumplimiento de las leyes Hipotecaria y Notarial, que son de aplicación general y respetadas por el art. 1976 del Código civil.

Se refieren también más ó menos principalmente al art. 12, la sentencia de 4 de Abril de 1904, y las resoluciones de 25 de Febrero de 1903, 29 de Julio de 1904 y 5 de Octubre de 1906.

Con relación al art. 13, declara la sentencia de 7 de Mayo

de 1903, que la legítima de los hijos en Aragón, la constituyen los dos tercios del caudal de sus padres, con arreglo al Código, que es el derecho supletorio en dicha región, y que si bien puede el padre en virtud de sus fueros, apartar á varios de sus hijos, escogiendo á uno sólo de ellos, tal doctrina no es aplicable, cuando ese padre excluye á todos sus hijos, para deferir su herencia á un nieto cuyo padre vive. Respecto á Baleares puede verse la Resolución de 18 de Agosto de 1908.



Existen en las regiones forales determinadas costumbres, tomadas del derecho castellano, ó al menos conformes con él, y por ello se ha suscitado también la cuestión de si ese derecho consuetudinario subsiste en todo su vigor á pesar de la publicación del Código, ó debe entenderse modificado por los preceptos de éste, puesto que, en suma, en esa parte venía aplicándose la legislación de Castilla. En este punto, las sentencias de 9 de Abril de 1898 y 1.º de Abril de 1891, y la Resolución de 30 de Junio de 1892, están conformes: rigen esas Costumbres con preferencia al Código, y por eso la mayor edad en Navarra no existe hasta los veinticinco años; á la redención de servidumbres no es aplicable el art. 603, y debe respetarse en Tarragona la asociación en las compras y mejoras que es costumbre pactar en las capitulaciones matrimoniales, y cuyos principios son conformes con los de la sociedad legal de gananciales del derecho común.



Por último, en lo relativo á la última parte del art. 12, que establece como supletorio el Código civil en las regiones aforadas, pueden citarse la Resolución de 19 de Enero de 1893, que determina que, en caso de oscuridad de los fueros y de prestarse á muy distintas interpretaciones, debe aplicarse la doctrina del Código, y la sentencia de 3 de Junio de 1896, que declara como límite en los grados de parentesco para heredar en Vizcaya los parientes tronqueros, el sexto, con arreglo al art. 955 del Códi-

go, por no estar previsto este caso en la legislación especial de ese país.

ARTÍCULO 14

Conforme á lo dispuesto en el art. 12, lo establecido en los artículos 9.º, 10 y 11, respecto á las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero, y de los extranjeros en España, es aplicable á las personas, actos y bienes de los españoles en territorios ó provincias de diferente legislación civil.

Causa en muchos extrañeza que los partidarios de las legislaciones forales pretendan que se aplique al derecho interregional la teoría de los estatutos, deseando ser considerados como extranjeros en sus relaciones con los naturales de otras provincias sometidas á diversa legislación civil. Los que tal asombro manifiestan tienen en cuenta solamente la aplicación que es hoy más frecuente de los estatutos, ó sea en el derecho internacional privado; pero se olvidan de que, según indicamos en lugar oportuno, aquéllos se establecieron primero dentro de un mismo Estado y se extendieron después á las relaciones internacionales, poco frecuentes en los orígenes de dicha teoría, la que en su esencia tiende á resolver los conflictos que producen la diversidad de legislaciones, ora sea con relación á conciudadanos, ora respecto á extranjeros.

Por esta razón, el Tribunal Supremo había aplicado á las contiendas entre españoles sometidos á diversas legislaciones civiles (1), los principios del derecho internacional privado que admitía respecto á los extranjeros, y en el mismo sentido ha desarrollado el Código civil la base 2.ª de las varias veces citada ley de 11 de Mayo de 1888, que disponía que en aquél se fijaran bases seguras «para facilitar el enlace y aplicación del nue-

(1) Véanse las sentencias de 27 de Noviembre de 1868, 21 de Enero y 8 de Junio de 1874, 7 de Julio de 1879, etc.

vo Código y de las legislaciones forales, en cuanto á las personas y bienes de los españoles en sus relaciones y cambios de residencia ó vecindad en provincias de derecho diverso, inspirándose, hasta donde sea conveniente, en el principio y doctrina de la personalidad de los estatutos».

El presente artículo es claro y terminante, limitándonos en este lugar á hacer referencia al extenso comentario que hemos dedicado á los artículos 9.°, 10 y 11, que desarrollan la teoría de los estatutos, en lo que á esta materia sea aplicable, y el que consagramos al art. 15, que determina los que deben considerarse sometidos á la legislación común y á cada una de las forales, que reviste gran importancia para fijar el estatuto personal.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo registra ya algunos casos de aplicación del art. 14. Citaremos, como ejemplo, la sentencia de 9 de Noviembre de 1904, sobre ley aplicable á la venta de inmuebles sitos en Aragón y otorgada en Valencia, siendo los otorgantes vecinos de Barcelona, declaratoria de que, conforme al principio de territorialidad, son aplicables las leyes del territorio donde los inmuebles radican, cualquiera que sea el lugar del otorgamiento de la obligación y la naturaleza ó vecindad de los contratantes.

Puede verse sobre aplicación del art. 14, en relación con el 9.° y el 10, la Resolución de la Dirección de los Registros de 5 de Octubre de 1906.

Acerca del estatuto real debemos recordar el último párrafo del art. 10, relativo á la disposición de los bienes inmuebles sitos en tierra llana de Vizcaya, y creemos recordarlo con oportunidad, puesto que entendemos que el presente artículo era el lugar más á propósito para consignar dicha disposición.

En cuanto al estatuto formal, debe tenerse en cuenta, respecto á los requisitos externos de los actos otorgados en las Provincias Vascongadas y Navarra, que, según el art. 1.° adicional de la ley del Timbre de 1.° de Enero de 1906, los documentos exentos del impuesto de timbre por las disposiciones vigen-

tes en aquellas provincias, lo satisfarán cuando por primera vez hayan de surtir sus efectos ó ejercerse actos en virtud de los mismos, fuera de ellas.

ARTÍCULO 15

Los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada é intestada declarados en este Código, son aplicables:

1.º A las personas nacidas en provincias ó territorios de derecho común, de padres sujetos al derecho foral, si éstos durante la menor edad de los hijos, ó los mismos hijos dentro del año siguiente á su mayor edad ó emancipación, declararen que es su voluntad someterse al Código civil.

2.º A los hijos de padre, y, no existiendo éste ó siendo desconocido, de madre, perteneciente á provincias ó territorios de derecho común, aunque hubieren nacido en provincias ó territorios donde subsista el derecho foral.

3.º A los que, procediendo de provincias ó territorios forales, hubieren ganado vecindad en otros sujetos al derecho común.

Para los efectos de este artículo se ganará vecindad: por la residencia de diez años en provincias ó territorios de derecho común, á no ser que, antes de terminar este plazo, el interesado manifieste su voluntad en contrario; ó por la residencia de dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésta su voluntad. Una y otra manifestación deberán hacerse ante el Juez municipal, para la correspondiente inscripción en el Registro civil.

En todo caso, la mujer seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre, y, á falta de éste, la de su madre.

Las disposiciones de este artículo son de recíproca aplicación á las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil.

Este artículo, en el Código presentado á las Cortes, estaba concebido en los siguientes términos: «Los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas y los de sucesión testada é intestada declarados en este Código, son aplicables:

«1.º A las personas nacidas en provincias y territorios de derecho común.

»2.º A los hijos de padre ó madre que tengan la precedente condición, aunque hubiesen nacido en provincias y territorios donde subsista el derecho foral.

»3.º A los que, procediendo de provincias ó territorios forales, hubieren ganado vecindad en otros sujetos al derecho común.

»En este caso, la mujer seguirá la condición de su marido y los hijos la de su padre.»

Este artículo, así redactado suscitó la más viva oposición en las regiones forales, principalmente en Cataluña. Lo combatieron sus representantes en el Parlamento; elevaron á éste exposiciones las Academias de Derecho y aun las Sociedades de diversa índole; celebráronse *meetings* con una actividad y orden que en nada cedían á las decantadas costumbres públicas de Inglaterra; y fué estudiado detenidamente por la prensa profesional y diaria. En una palabra, se manifestó la opinión general por todos los medios de que puede disponer en un Estado de instituciones liberales y representativas.

Era esta una cuestión que podía examinarse y resolverse, prescindiendo del problema de las legislaciones forales, en los siguientes términos: una vez declarado subsistente el derecho regional en toda su integridad, ¿era justa y acertada la redacción del primitivo art. 15? Más aún: aplicada por el art. 14 la teoría de los estatutos á los conflictos interprovinciales, ¿estaba redactado en armonía con este principio el artículo que le seguía en el Código civil presentado á las Cortes? Como se ve, la cuestión es distinta de la subsistencia de las legislaciones forales — aunque con ella está íntimamente enlazada — que quedó resuelta, á nuestro juicio, con acierto en general, por el art. 12.

Del detenido examen de la luminosa y prolija discusión parlamentaria que sobre este artículo recayó, se deduce que correspondían á cinco órdenes distintos de ideas los argumentos aducidos contra el art. 15: 1.º, que menoscababa la integridad del derecho foral, para lo que alegaban que por el párrafo 1.º, el hijo de cónyuges navarros, por ejemplo, nacido en Madrid, quedaba sujeto al Código, y por tanto, este hecho hacía imposible el ejercicio de la libre testamentifacción que el Fuero de Navarra le concede, viniendo obligado á dejar á su referido hijo los dos tercios de su haber hereditario, pudiendo decirse lo mismo del párrafo 3.º; 2.º, que era una contradicción á la teoría general, puesto que del párrafo 2.º, literalmente interpretado, como podían hacerlo los Tribunales, podía deducirse que el hijo seguía la condición de la madre, aun viviendo el padre, si aquélla pertenecía á provincias de derecho común, y el párrafo 1.º, por el carácter general con que estaba redactado, no suponía la aplicación del principio admitido en el derecho internacional privado de que los hijos deben seguir la condición de los padres; 3.º, que produciría dicho artículo una gran perturbación jurídica, derivada de que, según hemos indicado, podría darse el caso frecuente de existir en las familias forales individuos sujetos al derecho común; 4.º, que respecto á la vecindad, no debía atenderse á la mera residencia sin manifestación alguna de la voluntad, á que se concede hoy tanta importancia en el Derecho internacional como ninguna se le reconocía en el derecho interregional, y que no parecía conveniente subordinar una cuestión de tanta transcendencia en el Derecho civil á la variabilidad de las disposiciones administrativas, dado que el Código nada disponía acerca de la forma de ganar la vecindad; y 5.º, falta de reciprocidad en la condición de las regiones forales respecto á las de derecho común.

La Comisión general de Codificación, cuando revisó el Código para dar cumplimiento á la ley de 26 de Mayo de 1889, entendió que las quejas y temores de las provincias de derecho foral eran razonables, que tenían fundamento serio, y, aunque

opinaba que el primitivo art. 15 podía interpretarse de otro modo que como lo habían hecho los jurisconsultos defensores de las legislaciones regionales, evitó con una redacción más clara de dicho precepto que produjera perturbaciones en el régimen jurídico de las provincias aforadas y corrigió los defectos que en él se habían notado.

Después de trazada á grandes rasgos la historia del actual artículo 15 del Código, examinaremos detalladamente sus principales disposiciones.

Respecto al primer párrafo, está claramente determinado que para que quede sujeta al Código una persona nacida de padres sujetos al derecho foral en provincias donde aquél rija, es preciso que concurran el hecho del nacimiento en dicho territorio y la voluntad presunta ó expresa de los hijos, manifestada en el primer caso por los padres durante la menor edad de aquéllos, y declarada la segunda por los hijos dentro del año siguiente á su mayor edad ó emancipación.

Al decir el Código que se refiere en este caso al en que los padres estén sujetos al derecho común, ha querido indudablemente referirse al padre, y en su defecto, ó no siendo conocido, á la madre: 1.º, porque, además de la interpretación armónica de todas las disposiciones, así se deduce de la manifestación expresa del párrafo 2.º del presente artículo, que sólo se refiere á la madre en defecto del padre; 2.º, porque, como se dispone en el mismo artículo, en todo caso los hijos no emancipados seguirán la condición de su padre, y, á falta de éste, la de su madre. Dedúcese de estas consideraciones, que el hijo de madre sometida al derecho foral, nacido en una provincia que se rige por el Código, si el padre no existe ó es ignorado, se debe considerar sujeto á la legislación regional, á no ser que la madre declare durante la menor edad del hijo, ó éste dentro del año siguiente á su mayor edad ó emancipación, su voluntad de someterse al derecho común.

La mayor edad y emancipación de los hijos han de regularse en este caso por su legislación respectiva, porque el tít. 11 del

Código, donde se determinan la emancipación y la menor edad, no rige para todo el Reino, y porque, á tenor del art. 14, lo dispuesto en el art. 9.º acerca de las personas de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España, es aplicable á las personas de los españoles en territorios ó provincias de diferente legislación civil, ó lo que es lo mismo, que la leyes relativas al estado, condición y capacidad legal obligan á los naturales de provincias de derecho foral, aunque residan en las de derecho común; consagración expresa del estatuto personal.

Por el párrafo 2.º, los hijos de padre, y en su defecto, ó siendo desconocido, de madre, perteneciente á provincias ó territorios de derecho común, quedan sometidos siempre al Código, aunque hubieren nacido en provincias de derecho foral, y sin permitirles expresar su voluntad de sujetarse á las leyes de la región en que hubieren nacido.

Resta, por último, el caso en que los naturales de provincias ó territorios de derecho foral ganen vecindad en otros de derecho común, en cuyo caso busca principalmente el Código la manifestación de la voluntad, y por esto exige diez años, á contar el primer período desde que se publicó, en el caso de que no la exprese, y sólo dos si manifiesta el deseo de someterse al Código, no siendo, pues, suficiente el lapso de tiempo, por dilatado que sea, contra la voluntad reiterada de no querer ganar vecindad, manifestada por el interesado ante el Juez municipal é inscrita en el Registro civil.

Es indudable que habrá que distinguir la vecindad para los efectos civiles, ganada según los preceptos del Código, y la vecindad para los efectos administrativos, regulada por la ley Municipal, pudiendo muy bien suceder que no coincidan ambas en una misma persona; pero entendemos que las disposiciones de la última ley citada pueden servir para interpretar las concisas del Código, y esto acontece respecto al plazo de diez años, para cuyo cómputo creemos que ha de tenerse en cuenta la habitualidad, la residencia fija, que exige la primera (1).

(1) Arts. 12 y 15 de la ley Municipal.

Termina el art. 15 previniendo que sus disposiciones son de recíproca aplicación á las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil. Este precepto se refiere indudablemente á las relaciones de las provincias forales entre sí, puesto que las que pueden existir entre éstas y las de derecho común, quedan determinadas anteriormente A pesar del deseo del legislador, no consideramos posible la aplicación de la segunda de las disposiciones del referido artículo, que no es en realidad más que una excepción de la primera, favorable á las regiones sometidas al Código, y sin que quepa respecto á ella el principio de la reciprocidad. Por lo tanto, para el objeto del último párrafo del presente artículo, debe éste considerarse redactado en la forma siguiente: «Los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada é intestada declarados en cada legislación foral, son aplicables:

«1.° A las personas nacidas en la provincia ó territorio en que rige de padres sujetos á otra legislación foral, si éstos durante la menor edad de los hijos, ó los mismos hijos dentro del año siguiente á su mayor edad ó emancipación, declararen que es su voluntad someterse á la legislación de la provincia en que hubieren nacido.

«2.° A los que procediendo de otras provincias forales hubieren ganado vecindad en ella.

»Para los efectos de este artículo, se ganará vecindad por la residencia de diez años en una provincia de derecho foral, etcétera.

»En todo caso, la mujer seguirá la condición del marido y los hijos no emancipados la de su padre, y á falta de éste, la de su madre».

Véanse, con relación á la doctrina de este artículo, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de Noviembre de 1868, 29 de Enero de 1875, 29 de Marzo de 1892, 9 de Julio de 1895 y 7 de Febrero de 1899.

La de 23 de Diciembre de 1904, declara que habiendo resi-

dido una persona más de diez años consecutivos en Vizcaya, su sucesión se defiere con arreglo al Fuero que excluye el derecho de representación en la línea colateral.

La Resolución de la Dirección general de los Registros de 5 de Octubre de 1906, establece como doctrina, que la liquidación de una sociedad conyugal por muerte de la esposa, radicando las fincas en país foral, debe regirse por la ley de Castilla ó sea la personal, cuando el marido es castellano, presumiéndose además, al no haber ganado vecindad en Vizcaya el marido, que el matrimonio se celebró bajo el régimen de gananciales.

Como complemento del art. 15 y para facilitar su inteligencia y aplicación, se publicó el Real decreto de 12 de Junio de 1899, cuyas disposiciones más importantes son las siguientes:

«Artículo 1.º Las declaraciones ó manifestaciones á que se refiere el art. 15 del Código civil, se formularán por los interesados ó por sus mandatarios con poder especial, dentro de los plazos señalados en dicho precepto, ante el Juez municipal del pueblo de su residencia, el cual procederá á levantar la correspondiente acta en forma de inscripción, que extenderá en el libro del Registro civil llamado de *Ciudadanía*, y que en adelante se denominará de Ciudadanía y de vecindad civil.

»Art. 2.º A los efectos del artículo anterior, el plazo de diez años fijado en el párrafo 5.º del citado art. 15 del Código, empezará á contarse con sujeción á las siguientes reglas:

»1.ª Para los que á la publicación de la edición reformada del Código civil se hallaren residiendo en provincias ó en territorios que no sean los de origen ó nacimiento sin haber ganado en ellos vecindad civil, con arreglo al derecho antiguo, desde 17 de Agosto de 1889.

»2.ª Para los menores de edad no emancipados legalmente, desde el día que cumplan la mayor edad, con arreglo á la legislación á que estaban sometidos al tiempo del fallecimiento de sus padres.

»3.ª Para lcs dementes y pródigos declarados por sentencia

firme, desde que en virtud de declaración judicial haya cesado la causa de su incapacidad».

«Art. 3.º De conformidad con lo prevenido en el último párrafo del art. 15 del Código civil, las disposiciones contenidas en este Real decreto se entenderán de recíproca aplicación á las provincias y territorios españoles de diferente legislación civil».

Siguen otras reglas sobre circunstancias que deben hacerse constar en las inscripciones, certificaciones, partes semestrales, etc.

ARTÍCULO 16

En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código.

En su relación con las leyes especiales, el Código civil las considera á veces como complemento del mismo (1), y otras, en cambio, cual acontece en este caso, suple sus deficiencias.

El Código civil y algunas de estas leyes, por ejemplo, la de propiedad intelectual, son recíprocamente complementarias, lo que se deduce claramente de la concordancia entre el presente artículo y el 429 con el 5.º de la ley referida.

Como no es posible examinar concretamente las leyes á que puede aplicarse este artículo, nos limitaremos á indicar que el Código civil debe suplir las deficiencias del Código de Comercio (2), del Código penal, en lo que sea posible (3), y, en general, de todas las leyes administrativas.

Aplicando este artículo, declara la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1898, que el art. 1976 del Código

---

(1) V. gr., la ley del Registro civil de 1870. (Art. 332 del Código.)

(2) Art. 2.º de dicho Código.

(3) Por ejemplo, en lo que se refiere á la extinción de la responsabilidad civil, á que deben aplicarse iguales reglas que á la extinción de las demás obligaciones. (Art. 135 del Código penal.)

no deroga leyes especiales que no constituyen derecho civil común, ni afecta, por tanto, á la ley de Contabilidad del Estado de 25 de Junio de 1870, pues ésta se halla comprendida entre aquéllas cuya subsistencia reconoce el art. 16.

Las sentencias de 29 de Diciembre de 1898 y 28 de Marzo de 1899 aplican el Código de Comercio como subsistente, y sólo como supletorio el Código civil, al afianzamiento de obligaciones mercantiles y convenios de los acreedores con el deudor en el caso de suspensión de pagos.

Con relación á la ley de Accidentes del trabajo, declara la sentencia de 21 del Octubre de 1903, que debe aplicarse en virtud del art. 16 del Código, la doctrina general del mismo sobre la culpa, por lo que no procede indemnización alguna al obrero cuando se prueba que procedió con imprudencia y culpa notoria.

La sentencia de 20 de Noviembre de 1908 declara que si bien las cuestiones referentes á la propiedad minera se rigen por las reglas establecidas en las disposiciones que regulan dicha propiedad, no es menos exacto que no pueden hacerse extensivas á casos no comprendidos en aquéllas, los cuales deben ser resueltos por la legislación común, supletoria de la especial de minería, según el art. 16 del Código civil.

LIBRO PRIMERO

De las personas.

Creemos que el anterior epígrafe justifica que nos ocupemos en este lugar, aunque sea ligerísimamente, de la clasificación que hace el Código de las materias en él comprendidas. Se halla dividido en cuatro libros: el primero trata de las personas; el segundo, de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones; el tercero, de los diferentes modos de adquirir la propiedad; y el cuarto, de las obligaciones y contratos.

Reina la mayor variedad acerca de esta materia en los Códigos civiles y en los proyectos discutidos en todas las naciones, desde la división simplicísima en personas y cosas del Código de Baden, hasta la propuesta al Senado español por el Sr. Comas, que es la siguiente: 1.º, fuentes del derecho civil; 2.º, sujeto del derecho civil; 3.º, objeto del mismo; 4.º, hecho jurídico, y 5.º, justificación de las relaciones jurídicas. Según puede observarse, la diferencia en las clasificaciones no obedece sólo á discrepancias en metodología, sino también á diversidad de criterio acerca de los límites del derecho civil, que algunos, como el ilustre y malogrado jurisconsulto italiano Cimbali y el distinguido autor del último sistema expuesto, conciben con más amplitud de la que generalmente se admite, especialmente en lo que se refiere al derecho privado social.

Hasta el sistema introducido en la ciencia por Savigni, casi todas las clasificaciones, sin embargo, con más ó menos modificaciones, giraban sobre la división clásica de Gayo en personas, cosas y acciones. El Código Napoleónico, inspirándose en

ella, se limitó á sustituir, como materia del libro 3.°, las acciones por los modos de adquirir la propiedad, y fué seguido por los de Italia, Valais, Neufchatel, etc., y por el Proyecto español de 1851.

Nuestro Código vigente—concordante en este punto con los de la República Argentina y Méjico—ha arrancado del libro 3.° el tratado de las obligaciones, formando con ellas un libro 4.°. El de Costa Rica subdivide la materia de este libro 4.° en otros dos, que se ocupan, respectivamente, de las obligaciones y de los contratos.

El Código portugués presenta á primera vista una distribución bastante original y orgánica en cuatro partes: 1.ª, Capacidad civil; 2.ª, Adquisición de derechos; 3.ª, Derecho de propiedad; 4.ª, De la violación de derechos y de su reparación. Pero en el fondo no se aparta gran cosa del plan tradicional. El libro 1.° equivale al de las personas; el 2.° y el 3.° son los mismos del Código francés, aunque invertidos; y el 4.°, recuerda bastante, aun no siendo lo mismo, el de las acciones de la división de Gayo.

El gran Savigni llevó una revolución á la sistemática del Derecho civil, que va teniendo ya transcendencia legislativa, pues ha inspirado el Código alemán dividido en las siguientes partes: 1.ª, Parte general; 2.ª, Derecho de obligaciones; 3.ª, Derechos reales; 4.ª, Derecho de familia, y 5.ª, Derecho de sucesión.

Para terminar, el reciente Código civil suizo tiene la siguiente estructura: 1.°, Personas; 2.°, Familia; 3.°, Sucesiones; 4.°, Derechos reales. Se ha prescindido de la parte general por el deseo de sus redactores de concretarse á hacer labor práctica y evitar el abuso de técnica observado en el Código alemán, y del tratado de Obligaciones por ser en Suiza objeto de un Código especial vigente ya desde hace bastantes años.

TÍTULO PRIMERO

DE LOS ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

En Bélgica dispone el art. 4.º de la Constitución, que la cualidad de belga se adquiere, conserva y pierde según las reglas prescritas por la ley civil. En cambio los Códigos civiles de la República Argentina, el Uruguay, Méjico y Guatemala se refieren á la Constitución política en esta materia (1), pero la generalidad le consagran un título y algunos tres, como el de Portugal, que se ocupa separadamente de la forma de adquirir la cualidad de ciudadano portugués, de la manera de perderse y de la ciudadanía y goce de los derechos civiles.

Creemos justificado que nuestro Código haya imitado el ejemplo de los últimos citados, ó mejor dicho, consideramos acertada la base primera que establecía que en el mismo había de determinarse los efectos de la nacionalidad y la naturalización, cuya base debía ser necesariamente desarrollada en el Código. En primer lugar, si bien el art. 27 equipara, como hacen los Códigos de Italia, Costa Rica, Ecuador y otras muchas naciones, á los nacionales y extranjeros en el goce de los derechos civiles, en los comentarios al título preliminar hemos hecho continuas referencias á los extranjeros, y para aplicar los estatutos es necesario que se determine previamente el concepto de dicha condición jurídica. Bien es verdad que esto lo hace la Constitución política, que al tratar de la organización del Estado debe ante

(1) El art. 41 de la ley de introducción del Código civil alemán se refiere, modificándola, á la ley especial sobre la materia, que es la de 10 de Junio de 1870.

todo declarar los que forman parte del mismo; pero la Constitución contiene los principios fundamentales de ésta como de todas las materias, que luego han de desenvolverse en las leyes orgánicas, y para convencerse de ello basta tener en cuenta que aquélla resume en dos artículos las disposiciones comprendidas en los veintiocho de que consta el presente título del Código.

ARTÍCULO 17

Son españoles:

1.° Las personas nacidas en territorio español.

2.° Los hijos de padre ó madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España.

3.° Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza.

4.° Los que, sin ella, hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía.

Es este artículo transcripción literal de los cuatro primeros párrafos del primero de la Constitución política. Basta su lectura para convencerse de que el párrafo con que comienza es la consagración del principio territorial, *jus soli;* el segundo, del personal ó el que atiende á la filiación, *jus sanguinis*, y los dos últimos, del de libre elección. Mejor dicho: este artículo, como todos los inspirados en las teorías contemporáneas del derecho internacional, para determinar la ciudadanía se basa en la voluntad, que es presunta respecto al hijo de españoles ó al nacido en España, mientras no manifieste su propósito de adoptar otra nacionalidad, y expresa, tratándose del extranjero que desea adquirir la nuestra.

Examinaremos separadamente sus párrafos.

Las personas nacidas en territorio español.—Este principio determinó la nacionalidad en la Edad Media, bajo la influencia del feudalismo, que significaba el predominio de las relaciones reales sobre las personales, y más tarde, en las Monarquías patrimoniales, que en rigor no representaron otra cosa que la con-

versión de todo el Estado en un gran feudo del Monarca. Cuando fué adquiriendo importancia el principio personal en el derecho público en todas sus manifestaciones, entre ellas el derecho internacional, tuvieron que admitirse algunas reglas que expresasen este criterio, que en algunos Estados ha adquirido predominante influjo, por ejemplo, en los Estados Unidos de la América del Norte, cuyas leyes establecen que el hijo de un ciudadano es también ciudadano, y que el hijo de un extranjero es extranjero, nazcan en el territorio nacional ó fuera de él (1).

Laurent entiende que el precepto que comentamos exige necesariamente la circunstancia del nacimiento y que, por tanto, no puede tener lugar la presunción que tiene al póstumo por nacido para todos los efectos que le sean favorables. Sin embargo, en vista de la prescripción general y terminante del art. 29 de este Código, creemos que puede éste aplicarse al caso expuesto.

El hijo de padres desconocidos nacido en nuestro territorio, se debe reputar como español, puesto que le es perfectamente aplicable el párrafo que comentamos, que tiene, además, en su apoyo, la presunción racional de que es hijo de españoles. Igual principio admite el Código italiano.

Pueden estar también comprendidos en este párrafo los individuos que no tengan ninguna nacionalidad y que, en su consecuencia, no pueden oponer la de otro Estado á la española, que les concede el hecho del nacimiento en nuestro territorio. Esta solución la consideramos más aceptable y conveniente que la de los autores que sostienen que deben seguir la condición de su padre, pues se ha de procurar siempre que los individuos tengan alguna nacionalidad, siendo un principio del derecho internacional que si carecen de ella se les debe considerar ciudadanos del país de origen.

El territorio español, según indicábamos al comentar el ar-

(1) *De l'adquisition de la nationalité aux Etats Unis. Journal de Droit international privé.* Paris, 1887, núms. I y II.

tículo 8.º, se compone de la parte terrestre del globo sometida á la soberanía del Estado español, la zona marítima (1), los buques nacionales (2) y por una ficción del derecho internacional, el domicilio de nuestros representantes diplomáticos.

Por esta misma razón, los nacimientos que tengan lugar en un buque extranjero surto en nuestros puertos, deben considerarse verificados en el extranjero.

A pesar de la generalidad con que está concebido el primer párrafo del art. 17, no son españoles todas las personas nacidas en territorio español, puesto que el art. 18 dispone que «los hijos, mientras permanezcan bajo la patria potestad, tienen la nacionalidad de sus padres», aunque hayan nacido en España.

Los hijos de padre ó madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España.—La madre determina la nacionalidad en defecto del padre pues durante la vida de éste ha de seguir la suya, en virtud del art. 22; pero hay ciertos casos en que la determina en vida del padre, si bien debe contarse con la voluntad del hijo, y esto acontece respecto á los nacidos de padre extranjero y madre española fuera del territorio de España (3). En efecto; en dicho caso el individuo á que nos referimos no tiene otro derecho á gozar de la ciudadanía española con una simple declaración, que la condición jurídica de la madre.

Aparte de este caso, no concebimos, en vista del citado artículo 22, que pueda darse en nuestro derecho la hipótesis de

(1) La ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880 declara en su art. 1.º que es de dominio nacional la zona marítima en toda la anchura determinada por el derecho internacional.

Era opinión generalmente admitida entre los autores, que de este asunto se ocupaban, que la zona marítima debía extenderse hasta donde lo exigiera la necesidad de la defensa y se determinaba por el mayor alcance de un cañón, medida hoy muy incierta dados los progresos de la balística En la actualidad, dice Fiore los estados civilizados admiten una anchura de tres millas desde la costa.

Además del citado precepto de la ley de Puertos, existe en nuestro derecho positivo el art. 42 de las Ordenanzas de Aduanas que consideran aguas jurisdiccionales españolas las comprendidas en una extensión de seis millas á contar desde la costa

(2) Real decreto sobre extranjería de 17 de Noviembre de 1852, art 1.º

(3) Art. 105 de la ley del Registro civil en relación con los 103 y 104.

que sea diversa la nacionalidad de los padres, cuestión que analiza extensamente el ilustre civilista Mr. Laurent.

¿Se refiere este precepto á los hijos nacidos ó también á los póstumos? Acerca de esta materia se halla indecisa la jurisprudencia en varias naciones, entre ellas Bélgica; pero evidente mente, por las razones que indicábamos en el párrafo anterior, no hay razón para tener á los póstumos por nacidos respecto de derechos de escasa importancia, y no hacerlo cuando se trata de su nacionalidad, que reviste un interés mayor que todos los del orden económico en que comunmente se utiliza dicha presunción, que, como ya hemos dicho, se halla establecida con carácter general en el art. 29 de este Código.

Hasta aquí nos hemos ocupado de la filiación legítima, y es preciso dedicar alguna atención á la natural. Respecto al caso del nacido en España y cuyos padres no son conocidos, hemos hablado al comentar el primer párrafo de este artículo. Cuando sea reconocido por uno solo de los padres, tendrá el hijo natural la nacionalidad del que le reconozca. Si lo es en épocas diversas por los dos, la del primero que lo verifique. En este último caso cabe suponer que, siendo la madre española y el padre extranjero, lo reconozca antes aquélla que éste, y entonces gozará de la nacionalidad española, en nuestra opinión, pues no es el reconocimiento del padre natural ninguno de los modos por los que aquélla se pierde. Si es el reconocimiento de los padres simultáneo y su nacionalidad diversa, por analogía, con lo que sucede tratándose de la filiación legítima, cuando el padre es español debe prevalecer esta condición en el hijo, y por la ley del Registro civil, si la tiene la madre, podrá aquél declarar que quiere seguirla al llegar á la mayor edad.

Dice el precepto que estamos examinando, que son españoles los hijos de padres españoles nacidos en el extranjero; pero como varios Estados los pueden considerar nacionales suyos por el mero hecho del nacimiento en su territorio, v. gr., la República Argentina, si aquél se verifica en dicha nación, es preciso que se cumplan los requisitos del art. 26 de este Código; y como

hay Estados, por ejemplo, Chile, donde les conceptúan nacionales aun llenando dichas formalidades, en este caso el párrafo segundo del art. 17 sólo podrá tener aplicación cuando el interesado esté sometido á la jurisdicción del Gobierno español.

El art. 58 de la ley del Registro civil establece que, aunque el nacimiento de los hijos de españoles en el extranjero haya sido inscrito conforme á las leyes que estén allí en vigor, los padres deberán hacer que se inscriba también en el registro del agente diplomático ó consular de España del punto más próximo á su residencia.

Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza.—Consecuencia de los principios feudales era la teoría de que el súbdito de un Estado no podía naturalizarse en otro sin autorización del jefe del primero. Hoy en este punto se respeta la libertad individual, y sólo en algunas naciones, Turquía entre ellas, se exige el consentimiento del Gobierno para que sus ciudadanos se naturalicen en el extranjero, y si aquél no se concede, se considera nula dicha naturalización (1). De suerte que el súbdito otomano que adquiera en España carta de naturaleza sin permiso de la Sublime Puerta, seguirá considerado en Turquía como ciudadano de dicho Estado. Los Estados Unidos en una ley de 1868 declararon explícitamente el derecho de sus ciudadanos á expatriarse, considerando injusta la perpetua é irrevocable fidelidad. En la República helvética se admite una transacción entre los dos principios: el suizo puede adquirir la nacionalidad que quiera; pero no pierde nunca la suya (2).

Varios Códigos, entre los que recordamos los de Italia y Portugal, establecen las condiciones en que debe verificarse la naturalización, mientras que en algunos países se regula dicha materia por una ley especial, como acontece en Inglaterra, en que existe la *Naturalization act* de 1870; en Bélgica, donde hay la ley de 22 de Septiembre de 1835, modificada en algunos pun-

---

(1) Ley acerca de la nacionalidad otomana de 19 de Enero de 1869.

(2) Reymond *De la naturalisation dans la nouvelle législation genevoise.*—*Journal du D. int. pr.*, 1887, núms. 7.° y 8.°

tos por la de 21 de Junio de 1869; en el cantón suizo de Ginebra, que dictó sobre aquella materia una interesante disposición legislativa el 21 de Octubre de 1885, y en Francia, donde rige la ley de 26 de Junio de 1889, que mantiene en muchos puntos la anterior de 29 de Junio de 1867.

En nuestra patria no está prevenida la forma en que debe otorgarse una carta de naturaleza y los requisitos que para ello deben acreditarse, ni en la Constitución, ni en el Código civil, ni en ley alguna, aunque se dispuso que se fijaran aquellos requisitos en una disposición especial, por la Constitución de 1845 y el decreto sobre extranjería de 1852. Acerca de este particular no conocemos otro precepto que el tít. 14, libro 1.º de la Novísima Recopilación, que trata *de la naturaleza de estos Reinos para obtener beneficios en ellos*, y que dice en su ley 6.ª que «la naturaleza absoluta es para una total incorporación en estos Reinos del sujeto á quien se concediere, para poder disfrutar todos y cualesquier oficios, como si verdaderamente hubiese nacido en España; y la limitada una mera aptitud para aquella determinada gracia que se concede entonces». En la nota á dicha ley, señalada con el núm. 5, se manifiesta que las *naturalezas para extranjeros* son de cuatro clases: «La primera, absoluta para gozar de todo lo eclesiástico y secular sin limitación alguna; la segunda, para todo lo secular, con la limitación de que no comprenda cosa que toque á lo eclesiástico; la tercera, para poder obtener cierta cantidad de renta eclesiástica en prebenda, dignidad ó pensión, sin exceder de ella, y la cuarta, es para lo secular, y sólo para gozar de honras y oficios como los naturales, exceptuando todo lo que está prohibido por las condiciones de millones.»

Acerca del procedimiento para obtener las mencionadas cartas de naturaleza, disponía la adición de 1716 á la instrucción dada por el Gobierno de la Cámara en 1588, que «para las tres primeras precede á su concesión el consentimiento del Reino, escribiendo cartas á las ciudades y villas de voto en Cortes, excepto cuando las tales naturalezas son del número que ha solido

conceder el Reino al tiempo de disolverse las Cortes generales».

Como desde la época á que se refieren los anteriores preceptos han cambiado las relaciones entre la Iglesia y el Estado, el régimen político y los derechos concedidos á los naturalizados, sería imposible aplicarlos, aunque el cuerpo legal en que se contienen no estuviese evidentemente derogado por la disposición última del Código civil.

Armonizando, sin embargo, varias disposiciones acerca de este particular dispersas en varias leyes, es posible determinar el procedimiento que debe observarse con dicho objeto. La Constitución de 1812 consideraba españoles á los extranjeros que hubiesen obtenido *de las Cortes* carta de naturaleza; pero el hecho de que ninguna de las Constituciones posteriores lo haya establecido, indica que no existe ya en España la naturalización por la ley, con lo que están de acuerdo autorizados tratadistas (1). Hoy se otorga la carta de naturaleza en virtud de Real decreto (2), por el que se concede la naturalización de la cuarta de las clases antes enumeradas, ó sea para lo secular, con objeto de gozar honores y oficios como los naturales. El Real decreto no producirá efecto alguno hasta que se halle inscrito en el Registro civil del domicilio elegido por el interesado, ó en el de la Dirección general si no hubiese de fijar su residencia en España. Al efecto ha de presentarse en uno ú otro Registro por el interesado el decreto de naturalización, y además, su partida de nacimiento, la de su matrimonio, si estuviere casado, y las de nacimiento, de su esposa é hijos. Debe, por último, manifestar que renuncia á su nacionalidad anterior, y jurar la Constitución del Estado (3). Cumplidos todos estos requisitos será tenido por espa-

(1) Colmeiro, *Derecho administrativo español*. Madrid, 1876. Tomo 1.°

(2) La previa consulta del Consejo de Estado, antes necesaria, creemos que es hoy potestativa en virtud de la ley de 5 de Abril de 1904. En Francia, la ley de 26 de Junio de 1889, hace preceder á la concesión de la naturaleza una investigación sobre la moralidad del extranjero, pero suprime también la consulta del Consejo de Estado.

(3) Art 101 en relación con el 97 de la ley del Registro civil y 25 de este Código.

ñol el extranjero naturalizado, según dispone el párrafo segundo del artículo que estamos comentando.

En algunas legislaciones se exige para conceder la naturalización determinado tiempo de residencia en el Estado en que se solicita. En Francia señaló la ley de 1867 el plazo de tres años, á no ser que se debiesen al interesado servicios importantes, en cuyo caso bastaba un año, y en los Estados Unidos se han fijado los de dos años en 1790, catorce en 1798 y cinco en 1802. Nuestro derecho tiene en cuenta la residencia para los efectos del párrafo último del artículo que comentamos, pero no para conceder cartas de naturaleza, hasta el punto de que los preceptos de la ley del Registro civil, anteriormente citados, previenen que dichas cartas de naturaleza deben inscribirse en la Dirección general cuando el interesado *no hubiere de fijar su residencia en España.* También es innecesario añadir después de consignada la anterior disposición, que los naturalizados no dejan de serlo aunque trasladen su residencia fuera del Reino, como acontece en Inglaterra, si bien allí obedece á la circunstancia de que aquella ficción jurídica no ha llegado, según dice un ilustrado publicista, á equiparar completamente á los extranjeros que han obtenido carta de naturaleza con los nacidos en la Gran Bretaña.

En los países en que no se ha regulado la forma de otorgar cartas de naturaleza, tiene gran importancia el examen de los límites que debe haber para su concesión, pues es un hecho evidente y un principio indiscutible del derecho internacional, que no debe consentirse la renuncia fraudulenta de la nacionalidad anterior, con objeto de eludir algunas cargas, principalmente el servicio militar. En este punto las Repúblicas hispano-americanas, que muchos creen que todas alientan á ciegas la emigración europea y que aceptan cualquier clase de emigrantes, ofrecen en este punto leyes tan restrictivas como la de Costa Rica, de 1886, que además de exigir en los que soliciten la naturalización que tengan profesión ú oficio, que hayan observado buena conducta durante su residencia, prohiben conceder carta de

naturaleza á los declarados judicialmente en otros países piratas, traficantes en esclavos, incendiarios, monederos falsos ó falsificadores de billetes de Banco ó de otros documentos de crédito público, etc. (1). No existiendo en España disposiciones expresas acerca del particular, es difícil determinar los límites prudenciales que debieran guardarse en la concesión de cartas de naturaleza; pero es para nosotros evidente que regulándose por su ley nacional la capacidad del extranjero que la solicita, no la tiene por completo aquel á quien su legislación le prohibe verificar dicho acto sin autorización de su Gobierno, lo que evitaría muchos conflictos, ó aquel á quien liga con su patria el deber de cumplir el servicio militar, en cuyo caso pudiera darse el contrasentido de tener que combatir al ejército mismo en cuyas filas debiera estar. El art. 45 del Real decreto sobre extranjería de 1852 dispuso que «cuando un extranjero se haya naturalizado en España sin autorización de su Gobierno, y pretenda por este medio eximirse de las obligaciones del servicio militar, ú otras que le correspondieran en su patria primitiva, el Gobierno español no sostendrá la exención, así como no la reconocerá en un español que alegase cambio de su nacionalidad sin haber obtenido la autorización expresada».

No menos fraudulento sería conceder carta de naturaleza al extranjero que hubiese cometido fuera de España alguno de los delitos por los que se concede la extradición.

Merece examinarse detenidamente el alcance de las naturalizaciones; pero su estudio lo consideramos más propio del comentario al art. 18, pues si los hijos, mientras permanezcan bajo la patria potestad tienen la nacionalidad de sus padres, investigando si esto se entiende ó no en el caso de que el padre se naturalice durante la menor edad de aquéllos, queda resuelta la anterior cuestión.

La naturalización es tácita en algunos Estados, por ejemplo,

(1) Colección de las disposiciones legislativas y administrativas emitidas el año 1886.—San José, 1887.

en Venezuela, por los decretos de 1865 y 1873, que determinan los derechos y deberes de los inmigrantes, y cuyos decretos, si bien han sido censurados por el docto publicista argentino don Carlos Calvo, por considerarlos atentatorios á la libertad individual, realmente, como se dice en la Memoria del Ministerio de Relaciones exteriores de Venezuela de 1866, es una condición que previamente conocen los inmigrantes y que pueden ó no aceptar, porque son libres de emigrar á dicha República (1). Esto parece que pugna con todo el sentido de nuestro derecho y sus disposiciones expresas, y en realidad es así; pero alguna vez se ha admitido la naturalización presunta. En efecto: es sabido que el último párrafo del art. 2.º de la Constitución dispone, que «los que no estuvieren naturalizados, no podrán ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad ó jurisdicción», y una Real orden del Ministerio de la Gobernación de 20 de Noviembre de 1888, publicada en la *Gaceta* del 29, declaró, resolviendo un caso concreto, que tiene capacidad para desempeñar cargos judiciales el hijo del extranjero que se ha redimido del servicio de las armas, lo que se reputa prueba de nacionalidad.

En nuestro derecho es ocioso discutir si la naturalización produce efectos retroactivos, puesto que el art. 101 de la ley del Registro civil previene que las cartas de naturaleza no producirán ninguno de sus efectos hasta que se hallen inscritas.

Si bien los naturalizados son de igual condición jurídica que los nacidos en España, se ha dicho en el Congreso de los Diputados por uno que es jurisconsulto distinguido, que desde que se promulgó el Código nadie solicitará serlo, porque en su artículo 27 reconoce éste los mismos derechos que las leyes civiles conceden á los españoles, á los extranjeros aunque no estén naturalizados. Si bien respetamos todas las opiniones y más las que tenemos por autorizadas, no creemos exacta la indicada:

---

(1) Seijas. *El Derecho internacional público y privado.*—Tomo I.—Caracas, 1884.

1.°, porque, según veremos al comentar el citado artículo, no obstante el buen deseo del legislador, los extranjeros no gozan, por completo, de todos los derechos que las leyes civiles conceden á los españoles: 2.°, porque, conforme antes indicábamos, sólo los extranjeros naturalizados pueden ejercer en España cargos que tengan aneja autoridad ó jurisdicción; y 3.°, porque, tratándose de extranjeros, puede en general proponerse la excepción dilatoria de arraigo del juicio (1), y no si se trata de naturalizados. De suerte que estos ejemplos que por el momento se nos ocurren y que no son indudablemente los únicos, demuestran que, aun después de publicado el Código civil, supone en España más derechos la condición de naturalizado que la de extranjero, como no podía menos de suceder.

Los que sin ella (sin carta de naturaleza) *hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía.*—Generalmente se entiende que la vecindad es una condición interior de la nacionalidad, y tal vez por esto presumen nuestras leyes que el que ha ganado la primera debe presumirse que forma parte de la segunda, de cuya doctrina, según hemos visto, discrepan los legisladores suizos, para los que se puede dejar de ser ciudadano y no perder la vecindad adquirida en un municipio de la República helvética.

El Código civil aceptó la tradición legislativa de nuestra patria, de que fuese tenido por español el que ganase vecindad en algún pueblo de la Monarquía; pero no señaló reglas precisas para obtener aquella cualidad, ni con la precisión del proyecto de Código de 1851, ni siquiera con la vaguedad de la Novísima Recopilación.

En nuestros precedentes legislativos está la ley 3.ª, tít. XI, libro 6.° de la Novísima Recopilación, que dice así: «Debe considerarse por vecino, en primer lugar, cualquier extranjero que obtiene privilegio de naturaleza; el que nace en estos Reinos; el

(1) Art. 534 de la ley de Enjuiciamiento civil.

que en ellos se convierte á nuestra santa Fe Católica; el que viviendo sobre sí establece su domicilio; el que pide y obtiene vecindad en algún pueblo; el que se casa con mujer natural de estos Reinos y habita domiciliado en ellos; y si es la mujer extranjera que casare con hombre natural, por el mismo hecho se hace del fuero y domicilio de su marido; el que se arraiga comprando y adquiriendo bienes raíces y posesiones; el que siendo oficial viene á morar y ejercer su oficio, y del mismo modo el que mora y ejerce oficios mecánicos ó tiene tienda en que vende al por menor; el que tiene oficios de Concejo público honoríficos, ó cargos de cualquier género que sólo pueden usar los naturales; el que goza de los pastos y comodidades que son propias de los vecinos; el que mora diez años con casa poblada en estos Reinos, y lo mismo en todos los demás casos en que conforme á derecho común, Reales órdenes y leyes adquiere naturaleza ó vecindad el extranjero...» Esta ley estaba derogada de hecho en muchas de sus partes, en desuso en algunas antes de publicarse el Código civil, y así á nadie se le habría ocurrido solicitar la vecindad por haberse convertido del protestantismo á nuestra religión, siendo en otras verdaderamente innecesaria como al disponer que se considere vecino al extranjero que obtiene vecindad; pero desde luego creemos que ha quedado por completo derogada por la disposición final de este Código.

Sin embargo, la ley del Registro civil que, como es sabido, rige en la parte no derogada por el Código, previene en su artículo 110 que los extranjeros que quieran fijar su residencia ó domicilio en territorio español, deberán declararlo así ante el juez municipal del pueblo en que piensen residir, declarando, además, el objeto que se propongan al fijar su domicilio en España, como si es el de ejercer oficio ó profesión, el de arraigarse y vivir de sus rentas ú otro cualquiera. Este artículo, comprendido en el título *De las inscripciones de ciudadanía*, parece que tiene por objeto procurar que se fijen claramente los hechos en virtud de los cuales se gana vecindad, los que han de justificarse ante el juez municipal de su domicilio, con citación del ministerio pú-

blico, cuando se solicite la inscripción de ciudadanía en el Registro civil (1).

¿Podrá nunca ser inscrito de oficio como vecino en el padrón municipal un extranjero, por larga que sea su residencia en un pueblo de España? Creemos que no: 1.°, porque el art. 15 de la ley Municipal se refiere exclusivamente á los españoles; y 2.°, porque el Real decreto sobre extranjería de 1852, declarado con fuerza legal por la Real orden de 3 de Octubre de 1905, admite la existencia de extranjeros domiciliados, que son los que se hallen establecidos con casa abierta ó residencia fija ó prolongada por tres años, y bienes propios ó industria y modo de vivir conocido en territorio de la Monarquía, con el permiso de la autoridad civil de la provincia. Esta doctrina está de acuerdo en general con la jurisprudencia inglesa, cuya Corte Suprema declaró en 24 de Marzo de 1885, que ni aun una residencia de veintidós años es suficiente para perder el domicilio originario, si ninguna circunstancia demuestra la intención de adquirir uno nuevo en el país de residencia.

Este comentario al último párrafo del art. 17, que pone de relieve la indecisión y vaguedad de nuestro derecho positivo, acerca de la materia que le sirve de objeto, demuestra la urgente necesidad de que se dicte sobre este punto una disposición especial.

ARTÍCULO 18

Los hijos, mientras permanezcan bajo la patria potestad, tienen la nacionalidad de sus padres.

Para que los nacidos de padres extranjeros en territorio español puedan gozar del beneficio que les otorga el núm. 1.° del art. 17, será requisito indispensable que los padres manifiesten, en la manera y ante los funcionarios expresados en el art. 19, que optan, á nombre de sus hijos, por la nacionalidad española, renunciando á toda otra.

---

(1) Art. 102.

En Francia la naturalización era individual hasta la ley de 26 de Junio de 1889, y lo es hoy todavía en Portugal, Rusia, Turquía, Rumanía y Brasil (ley de 12 de Diciembre de 1902), pero la mayor parte de las legislaciones extienden, al modo de la nuestra, el beneficio de la naturalización á los hijos menores, á fin de respetar la unidad de la familia.

Sería, en efecto, muy difícil el ejercicio de la patria potestad, si el padre y el hijo estuvieran sometidos á diversos Códigos, y absurdo que se prescribiera la comunidad del domicilio entre ambos y que, en cambio, pudieran estar sometidos á leyes distintas; absurdo que se evidencia más si se tiene en cuenta que por virtud de las mismas podrían tal vez verse obligados á combatirse mutuamente en una guerra internacional. Por otra parte, es esta una legítima presunción *juris et de jure* durante la minoridad del hijo, pero que se convierte en *juris tantum*, admitiendo prueba en contrario, cuando aquél puede ejercitar su capacidad jurídica.

¿Qué ley regulará el tiempo en que los hijos deben permanecer bajo la patria potestad? Evidentemente la del padre, puesto que el hijo sigue *ipso jure* la condición jurídica de éste, de lo que resulta el hecho de que aquél tiene la nacionalidad de su padre mientras permanece bajo la patria potestad, y está sometido á ella todo el tiempo que determinen las leyes de la nacionalidad del padre.

Acerca de la indicación hecha al comentar el artículo anterior, opinamos que el hijo menor de edad sigue la nacionalidad del padre en todos los cambios que éste tenga por conveniente adoptar, porque es la interpretación literal del presente artículo y está justificada dicha interpretación por todas las razones al principio expuestas. En esta hipótesis puede darse, sin embargo, el caso de que al pasar un hijo residente en Madrid, de la nacionalidad española, cuyo Código fija la mayor edad á los veintitrés años, á la rusa, que señala la de veintiuno, si el hijo tiene veintidós, y sigue en su nacionalidad al padre por estar bajo la patria potestad, al verificar dicho acto, en el momento

de quedar sometido á la legislación de Rusia, deja de estar sujeto á dicha patria potestad y puede optar por la nacionalidad española, si la prefiere á cualquiera otra.

El segundo párrafo del art. 18 es claro y sencillo, llamando únicamente la atención acerca del comentario relativo al artículo siguiente en lo que se refiere á la forma de declarar los padres—ó sea el padre, y en su defecto, la madre—á nombre de sus hijos, que optan por la nacionalidad española. Este precepto puede autorizar, tendiendo al aumento de los individuos sometidos á nuestra nacionalidad, una excepción á la doctrina expuesta hasta aquí y al primer párrafo de este artículo, puesto que, en virtud del mismo, puede el hijo de padre *extranjero* ser tenido por *español*, si se hace la declaración expresada, introduciéndose el dualismo en la familia. Sin embargo, es de presumir que esto sólo se realizará cuando así lo exija el interés evidente del hijo.

Si se trata de un hijo menor de edad nacido en España de padres extranjeros y sometido á tutela, ¿podrá el tutor optar en su nombre por la nacionalidad española? Creemos que no; y para ello basta interpretar el Código, que en su art. 18 habla exclusivamente de los *padres* y en el 269 no enumera este caso entre aquellos en que el tutor necesita autorización del consejo de familia y sí el de proporcionar al menor carrera ú oficio determinado, asunto evidentemente de menor importancia que el de darle una nacionalidad.

La Real orden de 3 de Octubre de 1895, declaró vigente el Real decreto de 17 de Noviembre de 1852; pero precisando su verdadero alcance, la Real orden de 31 de Enero de 1904, determina que al considerarse con fuerza legal ese Real decreto, se refiere indudablemente á aquellas disposiciones que no se hallan expresamente modificadas por el Código, por lo que el hijo menor de edad ó no emancipado, cuyo padre, extranjero, no ha hecho la declaración prevenida en el art. 18, no puede gozar la consideración de español.

ARTÍCULO 19

Los hijos de un extranjero nacidos en los dominios españoles deberán manifestar, dentro del año siguiente á su mayor edad ó emancipación, si quieren gozar de la calidad de españoles que les concede el art. 17.

Los que se hallen en el Reino harán esta manifestación ante el encargado del Registro civil del pueblo en que residieren; los que residan en el extranjero, ante uno de los Agentes consulares ó diplomáticos del Gobierno español; y los que se encuentren en un país en que el Gobierno no tenga ningún Agente, dirigiéndose al Ministro de Estado en España.

Al examinar el párrafo 1.º del art. 17 indicamos los casos á que puede aplicarse el presente, ó sea cuando los hijos de extranjeros nacidos en nuestro territorio pueden reputarse españoles; pero como por el art. 18, si el padre pertenece á otra nacionalidad, el hijo tiene la misma que aquél, á no ser en el caso que exceptúa, al llegar dicho hijo á su mayor edad ó emancipación es el momento en que puede reconocérsele el beneficio que le concede la Constitución política. Este artículo, según indicamos en lugar oportuno, es una prueba de que, á pesar de los términos con que está redactado el 17 del Código, no son españoles todas «las personas nacidas en territorio español»; pues si el hijo de un extranjero, aunque haya nacido en España, no declara que desea que se le reconozca esta nacionalidad, sigue evidentemente siendo extranjero.

En la primera edición del Código se aplicaba también este artículo á «los hijos de padre ó madre españoles nacidos fuera de España», siguiendo lo dispuesto en el art. 103 de la ley del Registro civil, lo que se ha suprimido, con buen acuerdo, respecto al primer caso, porque como se supone que el padre tiene la nacionalidad española, la conservan los hijos en virtud del precepto del párrafo 2.º del art. 17, mientras no verifiquen acto

en contrario. Para el caso de que hayan aquéllos perdido la nacionalidad española y el hijo quiera recuperarla, debe estarse á lo prevenido en el art. 24. Cuando se necesita dicha declaración es, á nuestro juicio, si se trata del nacido fuera de España de padre extranjero y madre española, el cual puede optar, según dijimos, por la nacionalidad de la madre al llegar á su mayor edad ó emancipación; pero á este caso puede aplicarse el artículo 105 de la ley del Registro civil vigente, como todos los preceptos de dicha ley que no se opongan al Código; sólo que, en lugar de hacerse dicha declaración ante los funcionarios que expresa el art. 104, deberá verificarse ante los designados en el 19 del Código, que lo ha modificado (1).

Para determinar la época de la mayor edad ó emancipación es preciso atenerse al estatuto personal del menor, puesto que es la ley que regula su capacidad. Dijo á este propósito el señor García Goyena que, siendo la cuestión de naturaleza privativa y peculiar del Estado á que se refiere, ha de determinarse por las leyes de éste la capacidad necesaria para obtenerla (2). Esto es cierto; pero no tuvo en cuenta aquel ilustrado comentarista del proyecto del Código civil de 1851 que dicha facultad la ejercita el legislador al determinar las condiciones según las que se reconoce la nacionalidad española, sin que en nada afecte á nuestra soberanía el que, autorizando al nacido en España de padres extranjeros para hacer la declaración á que se refiere el art. 19 cuando llegue á su mayor edad ó emancipación, ésta se fije en virtud de su ley personal. De lo contrario podría darse la anomalía de que el hijo de un chileno nacido en Madrid y cuyo padre continuase siendo chileno, si tenía más de veintitrés años y menos de veinticinco, es decir, si era mayor de edad según las leyes de España, pero no por las de Chile, pudiera cambiar de

---

(1) Una Real orden de 10 de Diciembre de 1860 determinó que cuando un individuo nace en país extranjero, conserva la nacionalidad de los padres, sin que tenga derecho á la opción entre dos nacionalidades si no es mayor de edad ó no se halla fuera de la patria potestad

(2) Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español.—Madrid, 1852.

nacionalidad y no ejercer otros actos civiles de secundaria importancia.

Transcurrido el año siguiente á la mayor edad ó emancipación que, según la regla establecida al comentar el art. 7.°, debe reputarse de trescientos sesenta y cinco días, no existe otro medio para gozar de la nacionalidad española que el de naturalizarse ó ganar vecindad.

Los que residan en el extranjero deben prestar la declaración á que se refiere el art. 19, ante uno de los agentes consulares ó diplomáticos del Gobierno español. Aunque el Código no lo dice, parece que deben ser preferidos los últimos, en caso de ser posible, á los primeros, por llevar la plena representación del Estado, mientras que los agentes consulares tienen principalmente carácter comercial, si bien las leyes les conceden también atribuciones de otra índole, y, acaso por coincidir en esta opinión, la ley del Registro civil mencionaba los agentes diplomáticos antes que los consulares. El presente artículo parece que quiere que la declaración se preste ante el representante de España del punto en que se resida, y esto lo demuestra el hecho de que en el caso de no haber ninguno en el país (1), no autoriza para recibirla á cualquier otro, por ejemplo, el de un Estado vecino, sino que exige que el interesado se dirija al Ministerio de Estado. Con este motivo es conveniente advertir que los vicecónsules unas veces son sustitutos ó auxiliares del cónsul y otras están al frente de una agencia especial, y que el cónsul general acreditado en una nación ó provincia, aparte de las funciones propias de este cargo, suele ejercer las ordinarias á todos los cónsules en un distrito determinado.

Al caso de no tener España ningún agente diplomático y consular, puede equipararse el de que, por cualquier motivo, esté encargado el de otro Estado de proteger á los nacionales del

---

(1) Consultando la *Guía oficial de España*, se observa que nuestro Gobierno carece de representación diplomática y consular, por ejemplo, en la República de San Marino y en el Reino de Hawaii.

nuestro, pues no puede ejercer otras funciones que las que este objeto exija.

Por Real decreto de 11 de Mayo de 1901 se dictan reglas para que pueda recobrarse la nacionalidad española por los naturales y habitantes de los teritorios cedidos á los Estados Unidos por el Tratado de 10 de Diciembre de 1898. Conservan, según este Real decreto, la nacionalidad española, los naturales de los territorios cedidos ó renunciados, que en la fecha del canje de ratificaciones de dicho tratado habitaban fuera del país de origen, y que al publicarse el decreto citado se hallasen inscritos en los registros de las legaciones ó consulados de España en el extranjero, desempeñasen cargos públicos en la Administración española, ó estuviesen domiciliados en los actuales dominios españoles. Los no comprendidos en dichos casos, pero naturales de los territorios cedidos, perdieron la nacionalidad española, y pueden recobrarla con arreglo á lo prescrito en el art. 21 del Código civil.

Los súbditos españoles que habiendo nacido fuera de los territorios cedidos ó renunciados, residían en ellos al canjearse las ratificaciones del Tratado de 10 de Diciembre de 1898, y hubieren perdido la nacionalidad española por no haber ejercitado en tiempo oportuno el derecho de opción, previsto el art. 9.º de dicho Tratado, podrán recobrarla saliendo de aquellos territorios y llenando las formalidades establecidas en el párrafo 2.º del art. 19 del Código civil.

ARTÍCULO 20

La calidad de español se pierde por adquirir naturaleza en país extranjero, ó por admitir empleo de otro Gobierno, ó entrar al servicio de las armas de una potencia extranjera sin licencia del Rey.

Es un principio evidente del derecho internacional, que nadie puede pertenecer á la vez á dos estados, y por lo tanto, si un español adquiere naturaleza en el extranjero, pierde nuestra

nacionalidad. Se oponía á este principio la antigua máxima de derecho feudal *Nemo potest exuere patriam,* muy arraigada en los países anglosajones: en virtud de ella, un inglés naturalizado en el extranjero podía, una vez vuelto á Inglaterra, verse precisado á responder de todos sus actos como si no hubiera cambiado nunca de nacionalidad; pero Inglaterra ha abrogado este vínculo perpetuo por la ley de 12 de Mayo de 1870, y en cuanto á los Estados Unidos, aunque todavía rige en concepto de *common law,* está siendo abolido por los tratados que se celebran con las demás naciones. Hoy, pues, no es necesario para naturalizarse en otro Estado la autorización de aquel á que se pertenece, ni se halla prohibido este acto en general; pero en algunos casos no se permite la salida del mismo sin haber cumplido determinados requisitos, especialmente en lo que hace relación al servicio militar; necesítanse dos condiciones para que pueda aplicarse la primera parte de este artículo de nuestro Código: 1.ª, que no se halle prohibida la salida del Reino del individuo á que se refiera, y 2.ª, que adquiera naturaleza en otro Estado en virtud de las leyes del mismo. El cumplimiento de la primera condición es difícil de conseguir una vez salido del Reino, y así lo demuestran las complicadas negociaciones que sobre este particular han mediado entre varias naciones, señaladamente entre Francia y los Estados Unidos, á no ser que se prevea dicho caso en los tratados. No obstante, en nuestra época empiezan las leyes á inspirarse en un espíritu menos egoísta y más justo, lo que demuestran el decreto del Gobierno español de 1852, antes citado, y la ley de naturalización de Ginebra de 1885, que establecen que la autorización del Gobierno no implica ninguna garantía contra las reclamaciones de otros Estados relativas al servicio militar.

En nuestra patria, es preciso tener en cuenta, en lo que afecta á prohibiciones para dirigirse al extranjero, lo dispuesto por la ley de Emigración de 21 de Diciembre de 1907. Sin perjuicio de reconocerse en principio la libertad de todo español para emigrar, se establecen en ella limitaciones y garantías de

carácter tutelar. No pueden emigrar los sujetos al servicio militar en su período activo permanente ni los sujetos á procedimiento ó condena. La facultad de emigrar de los menores de edad, mayores de quince años que no hayan cumplido las obligaciones del servicio militar y de los sujetos á la primera y segunda reserva, puede ser suspendida por Real decreto acordado en Consejo de Ministros. La mujer casada necesita para emigrar la previa autorización de su marido, y los menores de edad la de sus padres, tutores ó guardadores. Para toda emigración colectiva (entendiéndose por tal aquella que afecte á la despoblación de una comarca, pueblo, aldea ó parroquia) se requiere autorización especial del Consejo de Ministros, previo informe del Consejo Superior de emigración.

En el caso de que con evidente contravención á estas disposiciones se adquiera naturaleza en el extranjero, ¿deberá ser ésta reconocida por nuestra patria? Creemos que no en la mayor parte de los casos, por la regla de interpretación que indicamos en lugar oportuno, de que cuando se prohibe lo menos, se entiende prohibido lo más. Si un recluta disponible no puede salir del Reino sino en la forma prevista por la ley, ¿cómo se consentirá que adquiera carta de naturaleza en el extranjero? El Real decreto sobre extranjería de 1852 dispone que en este caso nuestro Gobierno no reconoce la exención de los deberes á cuyo cumplimiento se ha sustraído el español naturalizado en el extranjero sin la autorización competente.

Esto, además, puede ser un medio expedito de impedir la extradición y resucitar el antiguo derecho de asilo. En efecto, los convenios especiales acerca de dicha materia, suelen contener la cláusula de que «en ningún caso ni por ningún motivo podrán ser obligadas las partes contratantes á entregar sus respectivos súbditos», y se concibe que un procesado solicite la naturalización en otro Estado con objeto de conseguir la impunidad, si bien cabe entonces que dicha nación lo entregue á la de origen, en que estaba sometido á la acción de la justicia, aun sin venir obligada á ello. Sin embargo, entendemos que sería muy oportuno

y justo que se consignara en los tratados referidos la excepción del caso en que se pidiera la ciudadanía después de haber sido procesado ó penado el solicitante en su patria y antes de que hubiese prescrito la acción criminal ó la pena, pues no creemos que exista ningún Estado que protegiera dicha naturalización fraudulenta ó que viera en aquella cláusula, libremente consentida, menoscabo alguno de su soberanía.

La Constitución sólo establecía que pierde la calidad de español el que admite empleo de otro Gobierno, pero como dijo acertadamente el Sr. García Goyena, al defender la adición hecha por el proyecto de Código de 1851, el servicio de las armas es empleo y aun algo más. Con esta disposición se evitan las dudas que ha suscitado en nuestra patria el artículo constitucional y las que puede originar la aplicación de los Códigos civiles que, como el de Portugal, no la contienen.

Ambos hechos equivalen á una naturalización tácita, porque significan el reconocimiento de otra soberanía y el desconocimiento de la de su patria. Por este motivo, cuando esto no existe por solicitarse autorización del Jefe del Estado para aceptar dichas funciones, el ejercicio de un empleo ó el servicio militar en el extranjero se consideran como un simple medio de utilizar sus servicios. Es más, puede ser conveniente esta circunstancia para el país á que pertenece, y así acontece tratándose de un nombramiento de representante consular, que acrecienta las relaciones comerciales. Evidentemente la primera prescripción se refiere á cargos públicos, no al ejercicio de las profesiones en la misma forma que lo pueden verificar los particulares, lo que acontece con el abogado de una legación, el banquero encargado de realizar operaciones financieras por cuenta de un Gobierno extranjero y en otros casos análogos.

La referida autorización con frecuencia se solicita y concede para el ejercicio de funciones consulares.

En cuanto al uso de condecoraciones extranjeras, lo prohiben algunas Constituciones sin previa licencia. entre ellas las de Portugal, Méjico y el Perú. La vigente en España había sólo

de empleos, en cuya expresión pueden venir comprendidas las pensiones; pero para extender el precepto á las condecoraciones, como hace, por ejemplo, el ilustrado expositor de nuestro derecho administrativo, Sr. Martínez Alcubilla, es preciso suponer que «con arreglo á la Constitución política vigente, el español que admite *gracias* de Gobiernos extranjeros pierde los derechos de español» (1), y ampliar, por tanto, el sentido de la palabra *empleo*, empleada por nuestro Código fundamental, haciéndole expresar lo que no dice. Aun los Códigos más restrictivos en esta materia, como el de Méjico, exceptúan la aceptación de títulos literarios, científicos y humanitarios.

Respecto al servicio militar, es preciso tener en cuenta lo que dijimos en el comentario al art. 8.°, puesto que pueden existir servicios armados, por ejemplo, para la seguridad pública, que no estén comprendidos en el ejército regular, único á que este artículo hace relación. La ronda de vigilancia nocturna á que se refería la Corte de Casación de Francia en el hecho á que nos referimos, y en España, los *somatenes* de Cataluña, son ejemplos que pueden citarse con este objeto.

En la vecina República, en virtud de una ley de 1.° de Agosto de 1791, se imponía la pena de muerte á todos los que hacían armas contra Francia, aun estando naturalizados en otro Estado, si bien en este caso se trataba de un hecho punible unido al servicio militar en el extranjero. Aquí también puede dicho alistamiento ser origen de responsabilidad criminal, y, en efecto, el art. 138 del Código penal dispone que «será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á muerte: 1.° El español que tomare las armas contra la patria, bajo banderas enemigas.»

El mero hecho de solicitar licencia del Rey, supone que se está pendiente de su revocación. Nada sería más falto de lógica que imaginar que en virtud de real licencia esté un español al servicio administrativo ó militar de un Estado con el que el

---

(1) Diccionario de la Administración española, artículo *Cruces*.

nuestro hubiere roto las relaciones diplomáticas ó tal vez las hostilidades. Entonces, si al ser revocada la licencia, el que la disfrutaba no dimite su empleo, deja de ser tenido por español. Creemos, sin embargo, que toda licencia concedida en dicho sentido, habilita para ejercer un cargo ó servir en el ejército de un Estado extranjero con arreglo á las condiciones que las leyes de éste impongan, y es preciso que existan términos hábiles para el abandono inmediato del empleo ó de las filas, pues sería una inmoralidad jurídica exigir el abandono de destino ó la deserción, bastando que el interesado ponga de su parte lo necesario para eximirse de servir á dicho Estado extranjero.

La nacionalidad española perdida en virtud de las disposiciones de este artículo, se recobra en la forma que determinan el siguiente y el 23.

Con relación á los arts. 18 al 20 y 26, dispone la Real orden de 15 de Marzo de 1900, que la renuncia pura y simple de la cualidad de español sin haber adquirido nacionalidad distinta, no es causa bastante, con arreglo á nuestra legislación, para producir desde luego la pérdida de dicha cualidad.

ARTÍCULO 21

El español que pierda esta calidad por adquirir naturaleza en país extranjero, podrá recobrarla volviendo al Reino, declarando que tal es su voluntad ante el encargado del Registro civil del domicilio que elija para que haga la inscripción correspondiente, y renunciando á la protección del pabellón de aquel país.

Acerca de una cuestión de gran importancia, la nacionalidad de los hijos de españoles nacidos en América, se suscitó un empeñado debate, en que intervino un antiguo representante diplomático de nuestra patria y un español residente en Venezuela. Sostenía el primero que podía ser un inconveniente para España tener ciudadanos que sólo lo fuesen de nombre, y anteponía el

segundo á toda mira de interés, el amor patrio (1). En este punto estamos perfectamente de acuerdo con el publicista citado. Hemos censurado que se otorgue la ciudadanía de una manera fraudulenta; pero creemos que debe facilitarse siempre el reingreso á nuestra nacionalidad de los que por cualquier causa la hayan abandonado.

En este sentido, encontramos excesivamente rigurosos los preceptos de las Constituciones chilena y ecuatoriana, que exigen una rehabilitación acordada por el Senado, y los de este Código aún los encontramos demasiado restrictivos, pues toda vez que ningún artículo prescribe que ha de residir en España el extranjero que solicita carta de naturaleza en ella, y que otros permiten que declare ante nuestros agentes diplomáticos ó consulares que desea adoptar su nacionalidad española el que ha nacido en España de padres extranjeros, y que llenando las mismas condiciones pueda recuperar su nacionalidad el hijo de padre ó madre españoles que la hayan perdido, no se nos alcanza qué inconveniente podría haber en permitirse que hiciera una declaración en estas condiciones el que fué español y desea volver á serlo, pues para nosotros no es razón única la falta de precedentes en el derecho positivo español y extranjero que conocemos.

Véase el art. 19 del Real decreto de 11 de Mayo de 1901.

ARTÍCULO 22

La mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido.

La española que casare con extranjero, podrá, disuelto el matrimonio, recobrar la nacionalidad española, llenando los requisitos expresados en el artículo anterior.

En el primitivo texto del Código, este artículo estaba concebido en los siguientes términos: «La española que se case con

(1) Fombona.—Cuestión internacional. ¿Es extranjero el hijo de extranjero?—Caracas, 1868.

un extranjero sigue la condición de su marido; pero, disuelto el matrimonio, podrá recobrar la nacionalidad española llenando los requisitos expresados en el artículo anterior.» Comparando los dos textos, se observa que el segundo reviste un carácter de mayor generalidad, pues el anterior precepto del Código, así como el que con aquél concordaba en el decreto de 1852, no determinaban la condición de la mujer extranjera casada con un español, á la que sólo se podía reconocer nuestra nacionalidad aplicando las reglas de la hermenéutica y los principios generales del Derecho.

Las Partidas concibieron perfectamente que era ésta una consecuencia indeclinable de la unidad del matrimonio, al afirmar que «la mujer, magüer sea de otra tierra, debe responder ante aquel juzgador que ha poderío sobre su marido». Por suponer la sumisión á un Estado extranjero, en Francia, el edicto de 1669, confirmado por la declaración de 16 de Junio de 1685, prohibía que se contrajera matrimonio fuera del Reino sin permiso expreso del Rey, considerando este acto como un crimen de infidelidad contra el Estado y penándolo con la confiscación de los bienes, y si ésta no fuese posible, con la multa subsidiaria de 24.000 libras impuestas á los padres ó tutores.

Hoy han cambiado mucho las opiniones en esta materia, hasta el punto de que el Código que comentamos considera que ha perdido nuestra nacionalidad la española que se case con un extranjero, aun en el caso de que no adquiera la de éste, por no reunir la mujer las condiciones exigidas por las leyes que constituyen el estatuto personal del marido. Esto puede hacerlo el Código, y que lo hace lo demuestra el segundo párrafo del artículo comentado, que supone que la mujer casada con un extranjero pierde siempre la nacionalidad española. Lo que excede de las facultades de nuestro legislador es la declaración de que seguirá la nacionalidad de su marido, pues no tiene facultades para declarar las condiciones de la ciudadanía extranjera, y, por tanto, este artículo lleva implícita la excepción que consignan de una manera expresa los Códigos civiles de Italia y Portugal: «La

mujer seguirá la nacionalidad de su marido, si por el hecho del matrimonio la adquiriese.» En otro caso, no puede aplicarse otra regla que la general que hemos expuesto al desarrollar la teoría de los estatutos, respecto á los individuos que han perdido una nacionalidad sin adquirir otra.

Dados los principios que admitimos en materia de naturalización, derivados de la necesidad de que el derecho de la familia sea el mismo para todos sus individuos, creemos que la mujer sigue al marido en sus cambios de nacionalidad, pues á éste caso puede aplicarse literalmente el art. 22, y hay para hacerlo las mismas razones que aconsejan que la nacionalidad de la mujer sea la que tenía el marido al verificarse el matrimonio, aunque reconocemos que este principio, que ha sido muy impugnado, puede prestarse á abusos en menoscabo de los derechos de la mujer, reconocidos por la legislación con arreglo á la que se celebró el matrimonio; pero los cuales no pueden evitarse en la interpretación del Código, sino por medio de los preceptos que se considere conveniente establecer al promulgar una ley especial que fije reglas para la naturalización. Una ley venezolana del año 1882 establece que la mujer se entiende naturalizada en cabeza del marido. Con objeto de evitar los inconvenientes antes indicados, ha dispuesto el Código civil de Portugal, que la naturalización en país extranjero de ciudadanos casados con portuguesas, no implica la pérdida de la nacionalidad de la mujer, á no ser que ésta declare que quiere seguir la de su marido.

De la doctrina expuesta en otros lugares de esta obra, se deduce que para averiguar si está ó no disuelto el matrimonio, debe atenderse á las leyes por las que éste se rige, pues una cosa es que en España se reconozcan los efectos de legislaciones extranjeras, con arreglo al estatuto personal, y otra que los Tribunales puedan declarar que en algún caso nuestras leyes prohibitivas impidan celebrar nuevo matrimonio en España á aquel que contrajo uno legalmente disuelto en el extranjero, por considerarse opuesto á las buenas costumbres. De esta opinión, que

es la más general, disienten el ilustre jurisconsulto holandés Asser, que considera aplicable la ley del lugar, y el reputado publicista italiano Fiore, que entiende que debe acudirse á la ley de la nueva patria si los dos esposos han cambiado de nacionalidad, y á la antigua cuando lo ha verificado uno solo.

La declaración y renuncia á que se refiere el art. 22, en relación con el 21, debe inscribirse en el Registro civil, para lo que es preciso que la interesada presente el documento que compruebe la disolución del matrimonio (1).

Cuando el matrimonio se anula la declaración de nulidad debe producir *ipso facto* la consecuencia de que la mujer española no ha perdido su nacionalidad, y, por tanto, sigue en esta condición jurídica, aun sin cumplir los requisitos antes indicados; pero entendemos que si se había inscrito en el Registro civil la partida de matrimonio de una española con un extranjero, que causaba la pérdida de la nacionalidad de aquélla, deberá también solicitarse la inscripción del documento que acredite la declaración de nulidad de dicho matrimonio.

ARTÍCULO 23

El español que pierda esta calidad por admitir empleo de otro Gobierno, ó entrar al servicio de las armas de una potencia extranjera, sin licencia del Rey, no podrá recobrar la nacionalidad española sin obtener previamente la Real habilitación.

El Código civil francés, confirmado por la ley de 1889, dispone que los que hayan perdido la cualidad de franceses por haber prestado, sin autorización, servicio militar en el extranjero, no pueden recobrar la nacionalidad francesa sino conforme á las condiciones de la naturalización ordinaria. Nuestro Código se contenta con exigir la habilitación Real.

---

(1) Art. 109 de la ley del Registro civil. Acerca de la forma en que debe presentarse el documento á que hace referencia el texto, véase el comentario á los arts. 9.º, 10 y 11, párrafo 7.º

De la clara redacción de este artículo se desprende que no basta renunciar el empleo de otro Gobierno extranjero ó dejar de pertenecer á las filas de su ejército para recobrar la nacionalidad. Pero, ¿será indispensable que haga esto para readquirirla el que lo desee, ó la Real habilitación pueda subsanar la falta de previa licencia? Creemos que no cabe concederla sin haber dejado el servicio del Estado extranjero, porque, como veremos, se exige la renuncia á la protección del pabellón del mismo; lo que no podría hacer un empleado ó un individuo del ejército de un Gobierno extranjero.

Combinando los preceptos del Código con los correspondientes de la ley del Registro civil, resulta que en el caso á que nos referimos será preciso: 1.°, haber renunciado al empleo ó haber salido de las filas del ejército del Estado extranjero; 2.°, obtener Real habilitación para poder recobrar la nacionalidad española; 3.°, volver al reino; 4.°, declarar ante el encargado del Registro civil del domicilio que elija que desea recobrar su nacionalidad; 5.°, renunciar á la protección del pabellón del Estado á que sirvió; y 6.°, que se inscriban en el Registro civil su declaración, renuncia y Real habilitación (1).

¿Podrá verificar estos actos un menor de edad? Indudablemente esta cuestión supone que se decida previamente esta otra: ¿pierde la nacionalidad española el menor de edad que acepta un empleo ó entra al servicio de un Estado extranjero? Para resolver este difícil problema existen los siguientes textos: el art. 20 del Código, que no hace excepción alguna; el 320, que dispone que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, y el 155, que impone á los padres el deber de tener en su compañía á los hijos no emancipados. A estos preceptos legales deben añadirse los que imponen la obligación del servicio militar. Pero supongamos que el hijo está fuera del Reino ó que el padre no exige que el hijo cumpla el deber correlativo al suyo de vivir

---

(1) Véanse el art. 23 del Código y el 107 de la ley del Registro civil en relación con el 106 de la misma y el 21 de este Código.

en su compañía, y que, á pesar de no tener capacidad para ejercer actos civiles, las defectuosas reglas que hoy constituyen el derecho internacional positivo han originado el hecho de que se haya declarado que un menor de edad ha perdido nuestra nacionalidad en virtud de lo preceptuado en el art. 22 del Código. Entonces no queda otro camino que reconocer su capacidad para recobrar la condición de español, pues las prescripciones legales son en su esencia las mismas, y, además, son generalmente admitidos dos axiomas consignados en las Decretales, á saber: *omnis res per quascumque causas nascitur, per easdem dissolvitur; favores convenit ampliari.*

Al recobrar la nacionalidad recupera indudablemente desde el momento de la inscripción en el Registro civil todos los derechos del ciudadano español; pero á la vez viene obligado al cumplimiento de todos sus deberes, y como el de mayor relieve y el que reviste más carácter nacional, el de servir á la patria con las armas, con arreglo á lo dispuesto en la ley vigente de Reclutamiento y reemplazo del Ejército.

ARTÍCULO 24

El nacido en país extranjero de padre ó madre españoles, que haya perdido la nacionalidad de España por haberla perdido sus padres, podrá recuperarla tambien llenando las condiciones que exige el art. 19.

Este artículo ha transcrito corregido el 108 de la ley del Registro civil (1), y se refiere sólo á los hijos de padre ó madre españoles que hayan perdido la nacionalidad española, nacidos en país extranjero, porque si se trata de nacidos en España, se halla ya este caso previsto en el art. 19.

(1) Sin duda por error de redacción se expresó en dicho art. 108 que se habían de llenar los requisitos del anterior, que se refiere á los que han entrado al servicio de una potencia extranjera sin licencia del Rey, los que necesitan, según hemos dicho, Real habilitación para recuperar su nacionalidad.

En realidad, es impropio el empleo del verbo *recuperar* aplicado á individuos que no han pertenecido á nuestra nacionalidad; pero se defendió en el Tribunado la expresión análoga que usa el Código de Napoleón, diciéndose que como la sangre francesa corría por las venas de aquellos á quienes se refería, la patria recuperaba á los hijos que había perdido por un descuido ó falta de fidelidad de los padres de éstos.

Al aplicarse á este caso los requisitos que prescribe el art. 19, no puede caber duda alguna de que para determinar la mayor edad ó emancipación de los individuos á quienes favorece, debe acudirse á la legislación extranjera á que estén sometidos.

Es conveniente advertir también que el presente artículo se refiere á los hijos de ciudadanos españoles que han dejado de pertenecer á nuestra nacionalidad según nuestras leyes, no á aquellos á los que consideran los Códigos extranjeros que han perdido dicha nacionalidad, con cuyo objeto debe consultarse el art. 26 de este Código.

Por las razones anteriormente expuestas, creemos preferible la disposición de nuestro derecho á la del francés, que exige que si los que hacen la declaración referida residen en el extranjero, han de fijar su domicilio en Francia en el término de un año después de hecha aquélla.

ARTÍCULO 25

Para que los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza ó ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía gocen de la nacionalidad española, han de renunciar previamente á su nacionalidad anterior, jurar la Constitución de la Monarquía é inscribirse como españoles en el Registro civil.

Los requisitos á que se refiere este artículo son tan claros y están tan justificados, aparte de que á ellos nos hemos referido anteriormente y de que no alteran nuestro derecho positivo, puesto que ya los determinaba la ley del Registro civil, que sólo

es preciso que dediquemos alguna atención al juramento que se prescribe, en nuestro sentir con acierto, pues si bien no lo exigen algunos Códigos, entre ellos el de Holanda, está admitido en todas las manifestaciones del derecho positivo español.

Respecto á la fórmula del juramento, aun algunos autores que reconocen la conveniencia y eficacia del juramento religioso, creen que es un acto desleal el que un ateo invoque el nombre augusto de Dios, juramento que en este caso carece de todas las garantías de verdad que aquella invocación presta al acto á que se refiere, é indican, además, que revela un gran vacío en las leyes el que se obligue á profanar la religión al que niega la existencia de lo sobrenatural, exigiéndole que intervenga en sus funciones cuando no cree en ella (1). Para obviar estos inconvenientes, acordaron el Congreso de los Diputados y el Senado de España, tratando precisamente del juramento de la Constitución, adoptar la fórmula, ¿juráis ó *prometéis* guardar y hacer guardar la Constitución de la Monarquía española? (2).

Por analogía, y puesto que el art. 25 del Código civil se limita á exigir el juramento á la Constitución de la Monarquía, que puede jurarse por Dios ó por el honor, opinábamos en anteriores ediciones de estos comentarios, que cabe interpretar el presente artículo de modo que se cumpla su precepto y no se haga por medio de una fórmula que sería vacía de sentido é hipócrita si se prestase por quien desconoce que es Dios la verdad suma, á cuyo testimonio puede apelar el hombre cuando la necesidad lo exige. Hoy no hay cuestión en este asunto, pues la ley de 24 de Noviembre de 1910 permite prometer por el honor en todos los casos en que las leyes exijan la prestación de juramento, si éste no es conforme á la conciencia del requerido.

---

(1) Antonini, *Le serment*, Paris, 1878.

(2) Los Reglamentos respectivos fueron reformados en el sentido expresado en el texto, el del Congreso en 1883, y el del Senado en 1886.

ARTÍCULO 26

Los españoles que trasladen su domicilio á un país extranjero, donde sin más circunstancia que la de su residencia en él sean considerados como naturales, necesitarán, para conservar la nacionalidad de España, manifestar que ésta es su voluntad al Agente diplomático ó consular español, quien deberá inscribirlos en el Registro de españoles residentes, así como á sus cónyuges, si fueren casados, y á los hijos que tuvieren.

El autor de la ley del Registro civil, al insertar en la misma un artículo análogo al presente, dió pruebas de previsión, pues un país que, como el nuestro, suministra gran contingente á la emigración á América, está muy expuesto á que se susciten conflictos por cuestiones de ciudadanía. Antes indicamos que debía facilitarse siempre el ingreso en nuestra nacionalidad; pero esto no se opone á que se conozca con exactitud los que pertenezcan á ella y á que se evite que alguno se acoja á los pliegues de la bandera española cuando le convenga solicitar indemnizaciones, sin perjuicio de pasar como nacional para el ejercicio de cargos públicos y para intervenir en las disensiones políticas de las Repúblicas hispano-americanas. De suerte que este artículo realiza dos importantes fines: 1.º, garantizar en nuestra patria la nacionalidad española á los que quieran conservarla á despecho de las leyes vigentes en el Estado en que residan; y 2.º, evitar los abusos que la falta de claridad en la condición jurídica pudiera producir. Respecto al primer punto, al examinar la teoría de los estatutos, indicamos las dificultades que la explicación de este artículo entraña, y la extensión que puede dársele. Para evitar dichas dificultades han declarado en varias ocasiones los Gobiernos de Alemania y de los Estados Unidos, que en casos análogos á este artículo, mientras aquellos á quienes se refiere permanezcan en país extraño y sometidos á su legislación, ni pueden alegar contra el Gobierno del Estado

en que residan su nacionalidad, ni ésta debe impedir la obediencia á las leyes del mismo (1).

Una deficiencia existe en el artículo, sobre la que ha llamado la atención un ilustrado comentarista, al que creemos en esto acertado, pero no en cuanto á la manera de remediarla. En el artículo 26 no está previsto, como en el 19, el caso de que no haya en el país ningún Agente diplomático ó consular de nuestra patria, y es indudable que merece iguales garantías, si no más, el español que desea conservar su nacionalidad que el que quiere adquirirla. Como el artículo que comentamos se ha escrito principalmente para las Repúblicas hispano-americanas, en todas ellas existe, por lo menos, un representante consular, y para el caso de que, por cualquier causa, no lo hubiere en un momento dado, por ejemplo, en los Estados de Centro América, en que suele ser dicha representación unipersonal, creemos que podría aplicarse el precepto que consignó el reglamento de 1871, para plantear el Registro y nacionalidad de los españoles en el extranjero, que establece que para los efectos de la presentación de los españoles en un Estado extranjero, si no existe cónsul ó vicecónsul de España, deberán dar cuenta de su llegada por escrito, al más inmediato, para que sean anotados en el Registro de transeuntes y conste en todo tiempo su presentación. Esto, que guarda también analogía con el art. 58 de la ley del Registro civil, lo creemos preferible para el mejor servicio á que se dirija el interesado al Ministerio de Estado, como autoriza el Código en casos distintos.

ARTÍCULO 27

Los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden á los españoles, salvo lo dispuesto en el art. 2.° de la Constitución del Estado ó en Tratados internacionales.

---

(1) Seijas, *El Derecho internacional hispano-americano*.—Tomo 1.°—Caracas, 1884.

Es en alto grado interesante el estudio de la evolución histórica de la capacidad civil de los extranjeros, si bien el carácter esencialmente práctico de estos comentarios obliga á circunscribir mucho este examen. Dado el carácter especial del pueblo hebreo, existían algunas diferencias entre los nacionales y los extranjeros, por ejemplo, en el carácter de la esclavitud, que podía ser permanente para los últimos; en el préstamo con interés, que sólo respecto á éstos se autorizaba, etc. En Egipto, no obstante sus tendencias al aislamiento, que le llevaban á considerar castas inferiores á todas las que habían de utilizar para sus oficios, el mar, por ser este medio de comunicación con otros pueblos, indicaba algún respeto á los extranjeros los casamientos de sus reyes con princesas de tribus vecinas, los Tratados celebrados con éstas, la admisión de mercenarios extranjeros en sus ejércitos y los privilegios, hasta llegar á la extraterritorialidad, que concedieron los Faraones de las últimas dinastías á los comerciantes griegos y fenicios. Impulsados los griegos, especialmente, los atenienses, por la necesidad de desarrollar sus relaciones mercantiles, dieron gran importancia á la hospitalidad, llegando en ocasiones á dispensar á algunos extranjeros del pago de derechos de Aduanas. Encontramos en Atenas el *proxeino* ó el protector del extranjero, que era forzoso tener antiguamente, bajo pena de multa, y que respondía del pago de los impuestos; pero, en cambio, al sometido á dicho patrón se le permitía la compra de bienes inmuebles. Esta institución perdió importancia cuando se consintió á los extranjeros comparecer por sí ante los Tribunales de justicia. Este mismo patrono lo hallamos en Roma, y era el ciudadano con el que contrataba el extranjero el *hospitium privatum,* que le imponía el deber de protegerlo. Los *peregrini* eran allí de dos clases: los habitantes de los Estados independientes de Roma y los sometidos que no habían obtenido la *civitas*. Es de todos conocida la admirable y lenta obra, mediante la que fueron reconociéndose los derechos del extranjero, á que contribuyó en gran manera el *pretor peregrinus*, poniendo al lado del dominio *ex jure quiritario*

la propiedad *in bonis*, junto á la *mancipatio* la *traditio*, y admitiendo en la *prescriptio* análogos efectos que los que producía la *usucapio*, movimiento que terminó sustituyendo el llamado derecho de gentes al civil en tiempo del Imperio; aunque, como se había logrado principalmente este resultado por la extensión de la ciudadanía, quedó siempre alguna diferencia en la capacidad jurídica del ciudadano y del extranjero. En la Edad Media, hemos visto, al exponer sumariamente la teoría de los estatutos, cómo el desarrollo de esta doctrina indicaba el reconocimiento de los derechos del extranjero, significando una idea tan contraria á la que entrañaba el feudalismo la de que hubiera en un Estado individuos que no se hallasen por completo sometidos á la ley de la tierra. El feudalismo trajo consigo otra negación del derecho internacional privado en la *aubaine*, *aubana* ó *albinagio*, ó sea la facultad del señor de heredar al extranjero, al que se suponía esclavo, y, por tanto, incapaz de transmitir sus bienes, de cuyo borrón se hallaron libres las Partidas. Los progresos de la moderna ciencia del derecho internacional privado y las condiciones de la sociedad actual, en que los intereses se entrelazan entre nacionales y extranjeros, mediante la facilidad de comunicaciones, han obligado á reconocer que los derechos civiles corresponden al hombre meramente por serlo y que son independientes de la nacionalidad. El Código francés restringió, sin embargo, el principio, al moldearlo sobre la siguiente fórmula de reciprocidad: los extranjeros en Francia gozarán los mismos derechos que los franceses en el país respectivo; y este sistema ha sido seguido por casi todos los Estados europeos, como Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Servia, Austria y la generalidad de los alemanes, cuyo régimen en esta materia ha sido conservado por la ley de introducción del Código civil. Un gran avance en esta vía representa el Código italiano, igualando á los extranjeros conlos nacionales en el ejercicio de los derechos civiles; y su mismo espíritu amplio resplandece en los códigos de Costa Rica, Ecuador, Colombia, Japón y en el de nuestra patria que estamos comentando.

Creemos muy expansivo y adecuado á los principios de nuestra época el presente artículo del Código civil, é injustas las censuras que se le han dirigido, por creer que favorecía con exceso á los extranjeros en perjuicio de los naturalizados; pero esto no obsta para que consideremos que hay más excepciones de las que el mismo consigna, y lo demostramos comenzando el examen de éstas por una que no se comprende en dicho artículo.

Disposiciones de las leyes civiles —Por diversas razones, fáciles de comprender, se establece en algunos casos diferencia entre el español y el extranjero. Entre las personas inhábiles para ejercer la tutela no se enumera el español que no resida en España y sí al extranjero que no reune esta condición; el extranjero que otorga un testamento cerrado necesita cumplir mayores requisitos que el español; á aquél se le exige el arraigo del juicio, etc.

Disposiciones constitucionales.—Está prohibido á los extranjeros ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad ó jurisdicción. Es innecesario añadir que este caso se refiere á la jurisdicción ó autoridad procedente del Estado español, no de uno extranjero, cual la que tienen los representantes diplomáticos.

Disposiciones de los tratados internacionales. — Como estamos indagando los casos de excepción al art. 27, creemos inútil indicar los convenios inspirados en idéntico sentido, que para este efecto no son necesarios mientras rija el Código. En efecto; ni franceses, belgas, alemanes, austriacos, hispano-americanos, etcétera, han de apelar á sus tratados para que se les reconozcan los mismos derechos civiles que á los españoles, bastando que citen el artículo del Código. Los únicos tratados que debieran aducirse con este objeto son los que consignan excepciones, y acerca de este particular conocemos el celebrado entre España y Francia, limitando el ejercicio del derecho de pesca en el Bidasoa á los habitantes de determinados pueblos ribereños, cuyo derecho tiene indudablemente carácter civil.

Con relación á este artículo, se dictó en 24 de Mayo de 1901

un Real decreto concediendo á las Compañías extranjeras, concesionarias de servicios públicos, determinados derechos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 1.º de Julio de 1897, declara que, con arreglo al art. 27 del Código civil, los extranjeros gozan en España los derechos que las leyes civiles conceden á los españoles, salvo las excepciones que expresa; de donde se deriva la consecuencia, reconocida y sancionada por el derecho internacional, de que las medidas de seguridad, amparo y protección establecidas por la ley en favor de los nacionales, son extensivas á los extranjeros que residan accidental ó habitualmente en el país, ya se refieran á la libertad é integridad de sus personas, ya á la garantía de sus derechos, por cuyo motivo á los Tribunales españoles compete conocer en las diligencias de depósito y alimentos provisionales instadas por una mujer casada, extranjera y residente en España.

En sentencia de 29 de Enero de 1912 se declara á los extranjeros aptos para desempeñar la amigable composición, pues limitada la misión del amigable componedor á avenir y reconciliar á las partes en los asuntos de índole meramente particular y privada que pueden afectarles, no es posible atribuirle jurisdicción de ninguna clase.

ARTÍCULO 28

Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo á las disposiciones del presente Código.

Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los Tratados ó leyes especiales.

Respecto á las corporaciones y sociedades españolas, nos referimos á los comentarios al cap. 2.º, tít. 2.º de este libro, para averiguar cuándo tienen el concepto de personas jurídicas, y al relativo al art. 41, en lo que se refiere al domicilio, siendo cir-

cunstancia necesaria que las extranjeras lo tengan en España, si desean que se les reconozca nuestra nacionalidad.

En nuestra época es muy frecuente la existencia de sociedades que extienden sus operaciones á un Estado distinto de aquel en que están nacionalizadas. Respecto á este caso, conviene tener presente una interesante sentencia del Tribunal de apelacion de Bruselas, dictada el año 1889, que establece que «cuando una sociedad belga que tiene una personalidad jurídica distinta de una compañía extranjera, se demuestre que en realidad hace sus operaciones bajo la vigilancia y por cuenta de ésta, constituye una sociedad filial de la misma y al propio tiempo una verdadera agencia de la compañía matriz». En consecuencia, decidió dicho Tribunal acerca del asunto que fallaba, que, como la legislación inglesa permite que un extranjero pueda ser citado ante los tribunales de dicha nación si tiene en ella una oficina ó despacho (*office of busines*), recíprocamente un ciudadano inglés que tenga un despacho comercial en Bélgica puede ser citado ante los tribunales de este reino.

Basta conocer muy someramente la jurisprudencia internacional para convencerse de que los derechos de las sociedades extranjeras originan frecuentes y difíciles cuestiones jurídicas. Discutióse ardientemente esta tesis en Francia y Bélgica á mediados de este siglo, y se han adoptado en este punto dos soluciones: establecer una regla general, como hizo Cerdeña en 1853, ó bien otorgarse recíprocas concesiones algunos Estados, á lo que obedecen las leyes de Bélgica y Francia de 14 de Marzo de 1855 y 28 de Mayo de 1857, concediéndose mutuas ventajas en esta materia. La ley italiana de 1860 relativa á las sociedades francesas, permitía aplicar sus disposiciones á las de otros Estados.

Nuestro Código de Comercio vigente dispone en su art. 15 que «los extranjeros y las compañías constituídas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España: con sujeción á las leyes de su país, en lo que se refiera á su capacidad para contratar; y á las disposiciones de este Código, en todo cuanto con-

cierna á la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, á sus operaciones mercantiles y á la jurisdicción de los tribunales de la Nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los tratados y convenios con las demás Potencias».

Dado el amplio espíritu del Código de Comercio al definir los actos mercantiles, es difícil que se presente el caso de tener que determinar los derechos que deben reconocerse en España á una sociedad civil extranjera. Entonces, como dice el presente artículo, debe acudirse á los tratados y á las leyes especiales. Acerca de este particular no existen muchas en nuestra patria, recordando sólo la ley de 20 de Julio de 1862, que establece «que las sociedades anónimas y demás asociaciones comerciales, industriales ó de crédito, banca y giro de Francia, que están sometidas á la autorización del Gobierno y la han obtenido, puedan ejercitar sus acciones y comparecer en juicio ante los Tribunales de España con arreglo á las leyes del Reino», y el convenio firmado con Italia en 1867, en cuyo art. 5.º se consignan las siguientes disposiciones: «Las Altas Partes contratantes declaran reconocer recíprocamente en todas las sociedades anónimas y demás comerciales, industriales y de crédito, constituídas ó autorizadas con arreglo á las leyes propias de cada uno de los dos Estados, la facultad de ejercer todos sus derechos y de presentarse en juicio ante los Tribunales á fin de hacer valer ó defender su razón en todos los territorios de los Estados y dominios del otro, sin más condición que la de sujetarse á las leyes vigentes en dichos Estados y dominios. Queda convenido que esta disposición se aplica tanto á las compañías y sociedades constituídas y autorizadas anteriormente á la estipulación del presente convenio, como á las que lo fueron en lo sucesivo». Este convenio fué confirmado por el art. 2.º del Tratado de comercio y navegación celebrado entre las mismas naciones en 2 de Junio de 1884.

No por ser difícil puede, sin embargo, dejar de presentarse

á nuestros tribunales el caso de tener que determinar los derechos de una sociedad civil extranjera, y como no pueden abstenerse de fallar, aunque exista una disposición taxativa del Código, ley especial ó tratado, creemos que entonces deberán acudir al Código de Comercio, que es, en general, supletorio del civil en lo que se refiere á la sociedad (1), y que, por otra parte, expresa en este punto los principios generales del derecho. Considerarán, pues, que rigen las leyes del país en que esté constituída la sociedad extranjera en todo lo que se refiere á su capacidad de contratar, y las disposiciones del Código civil respecto á la creación del establecimiento dentro del territorio español, á sus operaciones y á la jurisdicción de los tribunales de la Nación.

(1) Véase el art. 1670 del Código civil.

TITULO II

DEL NACIMIENTO Y LA EXTINCION DE LA PERSONALIDAD CIVIL

Según hemos hecho al comenzar el examen de los títulos anteriores, debemos ante todo examinar si está ó no justificado que la materia que le constituye se comprenda en el Código civil.

En todas las clasificaciones que se hacen de las materias propias del derecho civil ocupa el primer lugar dentro de la parte general ó ya como un tratado especial, el derecho de la personalidad, determinando algunos Códigos, entre ellos el nuestro, sus líneas generales, y siendo otros tan completos, como el de Portugal, que señala los derechos originarios de la personalidad humana, llamados generalmente y con inexactitud individuales, y los de la República Argentina y Alemania, que presentan un minucioso articulado relativo á las que se han denominado personas jurídicas. En cuanto á la persona individual, era insostenible el sistema del proyecto de Código español de 1851, que consagraba el primer título al matrimonio.

Respecto á si debían ó no regularse las condiciones de las personas jurídicas, y si, en caso de serlo, había de verificarse por las leyes civiles ó las administrativas, se ha debatido mucho entre los tratadistas; pero hoy es indudable que un Código civil debe atender á las personas jurídicas, tan reales, legítimas y necesarias como las individuales, y romper con la costumbre de la generalidad de los Códigos, que, según decía Renan, parecen escritos para un ciudadano *naissant enfant trouvé et mourant celiba-*

taire. Anteriormente hicimos alusión á la corriente de que ha sido brillante expositor el distinguido publicista italiano Cimbali, continuada en Alemania por Gierke, que tiende á completar la magnífica obra del derecho privado individual, elaborada con múltiples elementos desde Roma hasta hoy, con la del derecho privado social, que sólo está iniciada. Queda á algunos ilustres jurisconsultos, según se reveló en la discusión parlamentaria, el escrúpulo de que sea esta una materia propia del derecho positivo, cuya duda confiamos desvanecer con una sencilla observación. Hay en las personas jurídicas, es cierto, algo que tiene carácter político; pero también existe en los individuos, v. gr., el derecho del sufragio. Por otra parte es innegable que la persona jurídica que tiene más carácter político, el Estado nacional, celebra contratos de compraventa que corresponden á la esfera del derecho privado. Esto obedece á que aquella división del derecho comprende á todos los sujetos del mismo bajo un aspecto especial. Todo lo referente á la personalidad de las personas jurídicas (su nacimiento, capacidad, extinción, etc.), debe ser asunto del derecho privado, y del derecho público la parte relativa á su orgánica subordinación y dependencia respecto á otras personas (por ejemplo, el ejercicio del derecho de petición, la representación en el Senado, etc.).

De suerte que crreemos que se ha obrado con acierto al dedicar un título á la personalidad civil (individual y social); aunque no se establecía en las bases aprobadas por las Cortes ni en el proyecto de 1851, cuyo sistema se recomendaba en general para la redacción del presente Código.

CAPITULO PRIMERO

De las personas naturales.

Según queda indicado, la clasificación de las personas civiles más clara y menos expuesta á inexactitudes sería la de individuales y sociales, pues hablar de personas naturales—término que reconocemos ha sido muy admitido—parece dar á entender que las personas jurídicas son ficticias, así como de la denominación de personas de existencia visible, que prefiere el Código argentino, ó de la de físicas, que aceptan el de Alemania y otros, se desprende que las personas sociales no existen en la esfera de la realidad física.

ARTÍCULO 29

El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

La primera parte del artículo es terminante: no se reputa que existe persona hasta que hay un sér humano con vida propia, independiente de la de su madre.

Sin embargo, desde el momento de la concepción hay un germen de personalidad humana, existe un sér en embrión, que el derecho no puede desatender en manera alguna. El derecho se fija en la vida intrauterina del hombre con tres objetos: 1.°, para asegurarse de su existencia; 2.°, para condicionar y proteger su libre desenvolvimiento; y 3.°, para reconocerle ciertos derechos en el orden civil.

Es evidente que es preciso adoptar ciertas precauciones para evitar que se simule un embarazo, con objeto de adquirir frau-

dulentamente algún derecho, si bien dicho caso no se precave en interés del concebido, sino de un tercero. Esto lo regula el Código en la sección primera del cap. 5.º del tít. 3.º del libro 3.º al tratar *de las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta*, aunque esto mismo indica que se refieren sus preceptos á la hipótesis de que haya fallecido el padre, y no, como hace el Código civil de la República Argentina, á todos los casos en que lo crean conveniente las personas interesadas en que aquellas precauciones se adopten, aun en vida del marido, que también puede tener interés en ello si se encuentra ausente.

La existencia del feto se protege hoy por las leyes penales, no existiendo en este punto otra discrepancia teórica que la de algunos positivistas italianos, que han defendido paladinamente el aborto voluntario en ciertos casos. En nuestro Código penal este hecho se considera como delito, y se castiga en el cap. 6.º del tít. 8.º del libro 2.º Como la existencia del feto está unida á la de la madre, se priva á aquél de la vida que goza haciéndolo con ésta, ó bien á veces ocasionando á la madre alguna emoción violenta. Con este objeto el Código citado dispone en su art. 105 que no se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga.

Queda, por último, el reconocimiento de derechos civiles á los concebidos, ó sean las personas por nacer, usando la expresión de la ley argentina. El texto primitivo del Código, después de afirmar que el nacimiento determina la personalidad, añadía «sin perjuicio de los casos en que la ley retrotrae á una fecha anterior los derechos del nacido». Este precepto podía dar lugar á omisiones, porque si bien el Código señala en diversos lugares los derechos de los póstumos, en otros era difícil interpretar que los había reconocido. Así, por ejemplo, no existiendo un principio general, no hubiéramos podido afirmar que deben reconocerse los derechos de los póstumos relativos á la nacionalidad, pues la ley para nada se ocupa de ellos en el título anterior á éste. Era, pues, oportuno, y así lo ha demostrado la reforma del Código, que se siguiese la tradición romana consignada en

la célebre ley 3.ª, tít. 23 de la Partida 4.ª: «Desmientre que estuviese la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga ó se diga á pro de ella, aprovechase ende, bien así como si fuese nacida; mas lo que fuese dicho ó fecho á daño de su persona ó de sus cosas, non le empesce.» Y esto se ha hecho en la reforma del Código, prefiriendo reconocer aquella existencia imperfecta y pendiente de la condición del nacimiento, de acuerdo con el derecho de Inglaterra, de Portugal, de Méjico, del Perú, de Costa Rica, de la República Argentina, que es el más explícito en este punto, de Suiza y de otras varias naciones, á retrotraer la fecha del nacimiento, que era el sistema admitido anteriormente por el Código, y que tiene precedentes en el de Sajonia

Los Códigos de Francia y Alemania, sin formular explícitamente principio alguno relativo á los meramente concebidos, hacen su aplicación al tratar de los derechos que la ley les defiere. Estos derechos, por cierto, no tienen igual extensión en ambos países; Francia permite á las personas por nacer la adquisición de bienes por actos entre vivos y por disposición de última voluntad; el Código alemán limita su capacidad adquisitiva á las disposiciones de esta última clase.

Aparte de la cuestión de fondo, debía el Código resolver la de tecnicismo, y esto lo ha hecho con acierto la Comisión de codificación, refiriéndose al concebido. En efecto: el empleo de la clásica palabra *póstumo*, podía dar lugar á diversidad de interpretaciones, puesto que en Roma se entendía por tal al que nacía después de muerto el padre, y hoy se comprende generalmente bajo aquella denominación á todo feto humano, de cuyo nacimiento pende la existencia de derechos á su favor. Esta distinción tiene gran transcendencia en la práctica, como se demostró en el luminoso debate que acerca de esta materia se sostuvo en el Senado, pues de admitir el primer concepto, aquél á quien se hace una donación antes de su nacimiento, no tiene derecho á ella en el caso de vivir su padre, y debe reconocérsele aquel derecho en el segundo concepto, que para nada tiene en cuenta la

supervivencia del padre. Teniéndose esto en cuenta, se ha modificado el art. 627, y donde antes se mencionaba al póstumo se dice ahora que las donaciones hechas á los *concebidos y no nacidos* podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiese verificado ya su nacimiento.

Además de los artículos citados, conviene consultar el 112, que establece que se podrá impugnar la legitimidad del hijo que nació después de muerto el marido, y el 814, que declara que se anula la institución de heredero por la preterición de alguno de los herederos forzosos en línea recta, aunque nazcan después de muerto el testador.

Véanse además todos los preceptos relativos á las precauciones que deben adoptarse cuando la mujer queda encinta.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Octubre de 1903 declara que á los efectos de la adquisición de legados, los hijos concebidos en el momento de la muerte del causante se consideran nacidos, á condición, sin embargo, de que nazcan después en condiciones legales, con arreglo al art. 30.

En 7 de Mayo de 1902 la Sala segunda del mismo Tribunal resuelve que el hecho de matar á una mujer encinta no puede calificarse, con relación al feto, de homicidio, porque el homicidio es la muerte violenta de una persona, y la personalidad, según el Código civil, se determina por el nacimiento, siendo preciso, para conceder al concebido iguales derechos que al nacido, que aquél nazca en las condiciones que expresa el art. 30.

A pesar del art. 29 del Código civil y de la jurisprudencia sobre él, cuando el testador lega ciertos bienes para el caso de que á su fallecimiento exista algún hijo legítimo varón de un hermano suyo que lleve el mismo nombre y apellido que él, no puede aplicarse ese artículo á un hijo que sólo estaba concebido en esa fecha, porque aun no existía con el nombre y apellido que el testamento requería para la eficacia del legado. (Resolución de la Dirección de los Registros de 30 de Diciembre de 1902.)

ARTÍCULO 30

Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

En esta cuestión creemos que no existe ninguna literatura jurídica ni legislación alguna que ofrezca un estudio tan completo y detallado de la viabilidad, como las de España. La ley 18, título 2.°, libro 4.° del Fuero Juzgo, decía: «E establecemos que aquel que nasce non debe aver la bona de los padres, fueras si depois que fuere nascido recibiere baptismo é viviere diez dias.» La ley siguiente dice, sin embargo, que «el padre muerto, si el fijo ó la fija viviere diez dias, *ó más ó el menos,* é fuere baptizado», etc. De suerte que la vaga frase más ó menos dejó incierto el plazo señalado é hizo difícil la interpretación en este punto del Código visigótico. El Fuero Real, en su ley 3.ª, tít. 6.°, libro 3.°, dispuso que «si despues nasciese fijo ó fija é fuere baptizado, haya todos los bienes del padre..., é si la criatura muriese antes que sea baptizada, hereden su buena los parientes», donde no se exige tiempo alguno, aunque varios comentaristas entienden presumible que á la ley acompañase esta circunstancia. Las Partidas, vaciadas en el molde romano, se limitaron á decir en su ley 16, tít. 6 °, Partida 6.ª: «E estonce si el fijo ó la fija nasciere vivo, él aurá la heredad é los bienes del padre.» Deseando el legislador conciliar estas discrepancias, se dictó la célebre ley 13 de Toro «por evitar muchas dubdas que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recien nascidos sobre si son naturalmente nascidos ó son abortivos». Su texto literal es el siguiente: «Mandamos que el tal fijo se diga no abortivo cuando nació vivo todo, é que á lo menos, despues de nascido, vivió veinticuatro horas naturales, é fué baptizado antes que muriese; y si de otra manera nascido, murió dentro de dicho término ó no fué baptizado, mandamos que el tal hijo sea habido por abor-

tivo y no pueda heredar á sus padres ni á sus madres ni á sus ascendientes; pero si por la ausencia del marido ó por el tiempo del casamiento claramente se probase que nació en tiempo en que no podia vivir naturalmente, mandamos que aunque concurran en el dicho hijo las cualidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni legítimo.» La ley citada de Toro confunde dos cosas muy distintas: la viabilidad y la legitimidad. Así entiende el tratadista que ha comentado con más claridad aquellas leyes, el Sr. Pacheco, que, á pesar del texto de la décimatercera, si el póstumo sobrevivió, aunque no naciera en tiempo, su viabilidad no ofrece cuestión, lo que no quiere decir que no pueda ser discutida su legitimidad. Además de esto, las palabras de la ley fueron un semillero de dudas y proporcionó un campo vastísimo á nuestros clásicos glosadores, que unas veces aclararon las leyes confusas, y en otras ocasiones oscurecieron las de más sencilla interpretación. Sobre si el feto ha de nacer todo vivo, ó ha de nacer todo y nacer vivo, y acerca del sentido que los precedentes legales y la Medicina dan á la frase «nacer en tiempo», ó sea la forma de apreciar la vida intrauterina, se ha discutido prolijamente.

No menores discrepancias han existido en nuestro derecho foral. En Cataluña, por ejemplo, siguiendo la legislación romana, bastaba para considerar persona á un sér que tuviera caracteres humanos que naciera vivo, mientras que la Novísima Recopilación de Vizcaya exigía que viviese precisamente doce horas y que recibiese el agua del bautismo.

Todas estas diferencias acabaron con el art. 60 de la ley de Matrimonio civil, aplicable en este punto á toda España, que estableció que «para los efectos civiles no se reputará nacido el hijo que no hubiere nacido con figura humana, y que no viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno», cuyo precepto ha seguido el Código, si bien dándole con buen acuerdo forma afirmativa. Este precepto responde á los precedentes de nuestro derecho, apartándose sólo de ellos en cuanto á exigir el bautismo, lo que hoy no se aviene con los principios

de la Constitución; y á la circunstancia de nacer en tiempo, que aun constituye uno de los requisitos del Código peruano.

Una de las cuestiones más discutidas por los tratadistas es si debe fijarse ó no algún plazo de existencia. Para muchos códigos civiles basta que el feto viva un momento fuera del claustro materno para reputarle persona, en lo que concuerdan los códigos de Portugal, la República Argentina, Guatemala, Perú y los modernísimos de Alemania y Suiza. El Código Napoleónico no se contenta con la vida, exige la viabilidad. Pero este sistema es justamente criticado por los comentaristas: ¿en qué consiste la viabilidad? Los Jueces no tienen normas á que atenerse; y aun para la ciencia médica es muy difícil y equívoco fijar las condiciones en que estriba la aptitud para la vida. Un tercer sistema, seguido por algunos códigos como el nuestro y el de Costa Rica, consiste en exigir un plazo de vida, á modo de presunción legal de viabilidad. La doctrina y la evolución legislativa vuelven hoy, como ya hemos visto, á la teoría del Derecho romano de que basta el hecho de la vida para conceder al nacido la capacidad jurídica.

Nuestro legislador no ha desconocido, y así se dice en el preámbulo de la ley de Matrimonio civil, que en rigor el feto que se desprende completamente del seno materno en estado de vida, por más que fallezca al momento siguiente, no puede negarse que ha tenido en el único instante en que ha vivido la capacidad natural necesaria para ser personalidad jurídica; pero se ha arredrado ante la imperfectibilidad de los medios de investigación de que dispone la justicia humana y la posibilidad de fraudes, que ocasionarían grandes perturbaciones en asunto tan delicado y tan transcendental para las familias.

Sin embargo, hoy es más fácil y segura la prueba del simple hecho de la vida que no la de la vida durante el plazo de veinticuatro horas. Se considera que un niño ha nacido vivo cuando ha respirado después de la separación materna. Pues bien; para saber si un cadáver ha respirado, basta introducir sus pulmones en un recipiente con agua: si sobrenadan, es que

el aire ha penetrado en ellos y ha existido respiración; si caen al fondo de la vasija es prueba de lo contrario. En cambio para cerciorarse de si un niño ha vivido veinticuatro horas no habrá, en la generalidad de los casos, otro medio que recurrir á la declaración de los interesados acerca de las horas del nacimiento y fallecimiento.

Decimos en la generalidad de los casos, porque respecto á la viuda que queda encinta permite el art. 960 de este Código que los interesados pidan al Juez municipal ó al de primera instancia, donde lo hubiere, que dicte las providencias necesarias para evitar que la criatura que nazca pase por viable.

Respecto á los recién nacidos abandonados ó expósitos, se ha de partir de la presunción de su edad aparente, que exige la citada ley del Registro civil que se haga constar en la inscripción.

El Código, con el objeto expuesto, ha señalado un plazo mínimo de vida al nacido, y si no existe, no considera que hay personalidad civil. Dado lo terminante del precepto, y aun sus motivos, que sólo se refieren á buscar garantías de certeza y no de condiciones esenciales para la existencia, no cabe interpretar en el caso de un infanticidio, cometido antes de las veinticuatro horas del nacimiento, que pueda reputarse persona el ser muerto, aunque se demostrase que tenía la conformación necesaria para vivir dicho período, si ningún accidente fortuito lo impedía.

ARTÍCULO 31

La prioridad del nacimiento, en el caso de partos dobles, da al primer nacido los derechos que la ley reconozca al primogénito.

Las Partidas, de acuerdo en este punto con los principios feudales, que preferían la línea masculina á la femenina, dispusieron en la ley 12, tít. 33 de la Partida 7.ª, que si los nacidos fuesen varón y hembra, se presuma que aquél nació primero. Si todos eran varones los suponía nacidos al mismo tiempo.

Suelen decir los comentaristas, y es cierto, que en nuestra época no reviste gran interés el conocer quién es el primogénito, una vez extinguidos los vínculos y mayorazgos, pues apenas se reconocen á aquél más derechos que para la sucesión en los títulos nobiliarios, buscando en este motivo la explicación del silencio que guardan la generalidad de los Códigos (Francia, Alemania, Suiza, etc.), acerca de esta materia.

No obstante, entendemos que es preciso determinar la edad, no sólo cuando nacen dos individuos de un parto, sino cuando son más de dos. Algunos ejemplos demostrarán esta necesidad. El Código dispone en su art. 220, que para la tutela de los locos y sordo mudos, tratándose de los hijos y los hermanos, debe ser preferido el mayor al menor; en el art. 227, que la tutela de los pródigos corresponde en su caso al mayor de los hijos varones emancipados, y en el 295, que, en igualdad de grado, será preferido para el consejo de familia el pariente de más edad. Por este motivo, creemos que, interpretando por analogía este precepto del Código, debe ser considerado siempre como de más edad el primeramente nacido, lo que es evidente respecto á su vida extrauterina, ó sea en el concepto de persona civil; y no reconocemos la conveniencia de los preceptos de los Códigos de la Argentina, Perú, Guatemala y Costa Rica, que disponen que si dos ó más nacen en el mismo parto, se consideran iguales en los derechos civiles que dependen de la edad. El Reglamento para la ejecución de la ley del Registro civil, en su art. 34 previene que, cuando se presentaren dos niños gemelos, se hará una inscripción para cada uno de ellos, indicando con precisión y exactitud la hora del nacimienio de cada uno, si fuere conocida, expresándose que no lo es en otro caso.

Unicamente si se desconoce la prioridad en el nacimiento y por analogía con lo que se dispone en el art. 33, creemos que deben reputarse nacidos en un mismo tiempo los que lo han sido en un sólo parto.

ARTÍCULO 32

La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas.

La menor edad, la demencia ó imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos, y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos ó de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero.

Reconocida por la ley la capacidad para testar y suceder á los religiosos ligados con votos solemnes, no se supone que existe en este caso la muerte civil, como en el Código chileno, y no desconociéndose hoy nunca en el derecho penal que el hombre es sujeto de derecho mientras vive, se ha borrado de las leyes criminales la muerte civil en este otro caso (1) No menos olvidaban el principio consagrado en el primer párrafo de este artículo, las leyes que ordenaban la ejecución de determinadas penas en los muertos, puesto que su personalidad había terminado al extinguirse la vida.

La capacidad de derecho es sabido que es virtualmente igual en todos los hombres; pero la situación de cada uno limita su ejercicio, y á esto se refieren las restricciones de la capacidad jurídica á que hace referencia el segundo párrafo del presente artículo De estas restricciones, unas son temporales, como la menor edad; otras pueden ser perpetuas, cual la demencia ó la imbecilidad; la última de las cuales suele serlo siempre. En la generalidad de estas situaciones no puede el hombre obrar por sí y es preciso para el desenvolvimiento de sus relaciones jurí-

(1) El Código civil francés aplicaba la muerte civil á tres clases de penados: los condenados á muerte, á trabajos forzados á perpetuidad y á deportación. Pero la ley de 31 de Mayo de 1854 abolió la muerte civil, conservando tan sólo una interdicción especial para ciertos condenados.

dicas que sea suplido por una representación que es la tutela á que están sometidos los menores de edad no emancipados legalmente, los locos ó dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, los sordo mudos que no saben leer y escribir, los que por sentencia firme hubieren sido declarados pródigos, y los que estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil (1). Si se trata de sordo-mudos que pueden escribir, se les permite ejecutar actos jurídicos; pero exigiéndoles mayores garantías que en los casos ordinarios, v. gr., para hacer testamento (2)

Existen indudablemente más restricciones de la capacidad jurídica que las referidas en este artículo, derivadas de la extranjería, el sexo, la ausencia, el concurso y la quiebra, completándose las últimas por la autoridad marital, la administración de bienes del ausente y la sindicatura.

Dice el presente artículo, en su última parte, que los que tienen restringida su capacidad son susceptibles de derechos. Evidentemente; pero es preciso tener en cuenta que su aceptación debe hacerse en la forma que exija su situación especial. Desde luego, dice el Código, que el tutor representa al menor ó incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición expresa de la ley pueden ejecutar por sí sólos (3), o bien los que determinen los Tribunales, en virtud de autorización de la ley, lo que pueden hacer éstos acerca de los sordomudos, fijando la extensión y límites de la tutela, según su grado de incapacidad (4), y en cuanto á los pródigos, determinando en la sentencia que haga la declaración de prodigalidad, los actos que á aquél quedan prohibidos y las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre (5).

De esta suerte se comprende que considere el Código á los incapacitados susceptibles de obligaciones, como hace al final de,

---

(1) Véase el tít. 9.º de este libro, *De la tutela*.
(2) Art. 709.
(3) Art. 262.
(4) Art 218.
(5) Art. 221.

este artículo, lo que extrañan ilustrados comentaristas, sin tener en cuenta que existe una esfera en que sus actos son válidos, aparte de que todos los contratos celebrados por los menores ó incapacitados lo son así que hayan transcurrido cuatro años desde que salieron de la tutela sin haberse ejercitado la acción de nulidad (1). Aparte de esto, y dando á la teoría carácter general, es indudable que pueden ser aplicables á este caso el art. 1089, que dispone que las obligaciones nacen de los actos y omisiones ilícitos ó en que intervenga cualquier género de culpa ó negligencia; el 1902, que establece que el que por acción ú omisión cause daño á otro, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á reparar el daño causado, y el 1903, que determina que los padres ó tutores son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad ó incapacitados que están bajo su autoridad y viven en su compañía. También es sabido que el art. 19 del Código penal determina la forma y extensión de la responsabilidad civil por los hechos que ejecutaren el loco ó imbécil y el menor de nueve años ó el mayor de esta edad y menor de quince que no haya obrado con discernimiento, á no hacer constar los que tengan bajo su guarda que no hubo por parte de ellos culpa ni negligencia.

Estas son obligaciones que nacen de los *hechos* de un incapacitado; pero se concibe también que puedan nacer de las relaciones entre sus bienes y los de un tercero. Muchos ejemplos pudieran citarse, pero basta recordar la servidumbre que impone la ley, dada la situación de un predio de recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre desciendan de los predios superiores, así como la piedra ó tierra que arrastran en su curso. No por ser incapacitado el dueño del predio sirviente está exento de esta obligación, adoptando esta palabra en el sentido de prestación ó de deber, ni le es permitido á su tutor ejecutar obras que la impidan.

---

(1) Véase el art. 1301.

ARTÍCULO 33

Si se duda, entre dos ó más personas llamadas á sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una ó de otra, debe probarla; á falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno á otro.

El Derecho romano, las Partidas y el Código napoleónico habían aplicado al problema planteado en este artículo la teoría de las presunciones, fundada en que no es verosímil que dos ó más personas mueran en el mismo instante, siendo lo más probable que cuando perecen juntos un marido y su mujer, muera antes ésta, y que si dejan de existir por un accidente un padre y su hijo mayor de catorce años, pierda la vida el primero con anterioridad, presumiéndose lo contrario si el hijo fuese menor de dicha edad. Sin embargo, examinando detenidamente el asunto, se observa lo aventurado de estos juicios, puesto que, en un naufragio, por ejemplo, la prioridad en la muerte dependerá mucho del lugar en que estén colocados, de las condiciones que les rodeen, de sus aptitudes para natación, etc., circunstancias todas independientes de la de su mayor ó menor grado de resistencia. Si se trata de una batalla, podía el vigor del cuerpo servir de garantía en tiempo de Alfonso el Sabio, cuando se basaba la guerra principalmente en el valor personal; pero hoy depende mucho del azar la conservación de la existencia. Por este motivo es el Código más cauto al disponer que, si se desconoce la prioridad en la muerte de dos ó más personas, ni se afirme ni se niegue, sino que se las considere, en virtud de otra presunción, fallecidas al mismo tiempo, y que si alguno sostiene lo contrario, debe probarlo, porque es regla del derecho procesal que la prueba incumbe al que afirma un hecho.

Esta solución, análoga á la adoptada por los Códigos argentino, chileno, alemán y suizo, en nada altera las condiciones de

los casos en que es indiferente la prioridad de la muerte de dos personas para la transmisión de sus derechos. Así aquellos que en un accidente se ven privados de abuelo y padre, tienen la misma herencia, aunque el primero haya muerto antes ó á la vez que el segundo, puesto que son herederos forzosos de ambos.

ARTÍCULO 34

Respecto á la presunción de muerte del ausente y sus efectos, se estará á lo dispuesto en el tít. 8.º de este libro.

Este artículo, como se ve, es una mera referencia, y no requiere, por lo tanto, comentario alguno. El capítulo que trata concretamente de dicha cuestión, es el cuarto del título indicado.

CAPITULO II

De las personas jurídicas.

La doctrina de las personas jurídicas es relativamente nueva en la ciencia y en las legislaciones. Hasta principios del siglo xix tan poco preocuparon las personas morales á los juristas, que ni siquiera había un vocablo único que reuniera estas distintas figuras jurídicas, constituídas por la agrupación de personas ó por fundaciones. Los jurisconsultos romanos las designaban con diversos nombres: *collegium*, *corpus*, *universitas*... En 1807 es cuando Heise imaginó el término de persona jurídica. Y Savigny fué quien por sus trabajos célebres se encargó de darlo á conocer al mundo científico.

El Código francés no trae disposiciones especiales respecto á las personas jurídicas, limitándose á referirse en diversos lugares á los bienes del Estado, municipios, corporaciones, establecimientos públicos y sociedades. Como este Código fué el patrón de casi todos los europeos, no acostumbran éstos á tratar de las personas jurídicas, salvo alguna excepción, como el de Austria, que les dedica dos artículos. El Código de Chile es el primero que contiene un título sobre personas jurídicas, en el que trata de las Corporaciones y de las instituciones de beneficencia. Han seguido su ejemplo, en América, el de la Argentina, y en Europa el de España y los modernísimos de Alemania y Suiza. El Código alemán es el que trae reglamentación más completa sobre la materia.

Ha sido muy debatida la denominación que ha de darse á las personas de que estamos tratando. Las han llamado algunos personas místicas, como si pudieran existir sin condiciones físicas,

ni aun las más espirituales; personas morales, expresión usada por los Códigos civiles de Italia, Méjico y Suiza, cual si cayeran fuera de la esfera de la moralidad los individuos; personas ficticias, según se dice en el Código de Chile, aunque no en el sentido de Ihering, que las considera una quimera inconciliable con la idea fundamental del derecho; personas civiles, en el sentido de que son creación de la ley, tecnicismo inadmisible en nuestro Código, que comprende en la personalidad civil no sólo á las sociedades, sino á los individuos; personas sociales, que, según indicamos en otra ocasión, expresa con bastante acierto su concepto, y, por último, personas jurídicas, que es la denominación más aceptada y corriente hoy.

No menos discutidos que su denominación lo han sido el concepto y las relaciones de dichas personas con el Estado. Como decía el varias veces citado profesor italiano Cimbali, son corporaciones é instituciones jurídicas, mediante las que se persiguen fines, se satisfacen necesidades ó se aseguran condiciones, que exceden de las condiciones necesidades y fines meramente individuales. En estas palabras están condensadas la razón de ser de dichas personas, que son tan necesarias como las individuales, y sus principales condiciones, que creemos pueden reducirse á la unidad de fin, pluralidad de individuos y cooperación orgánica de éstos para la consecución de aquél. Para el Código existe persona jurídica en todas las asociaciones á las que la ley concede personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

Respecto á sus relaciones con el Estado, opinan unos tratadistas, cuya doctrina ha sostenido en nuestra patria en la forma más radical el Sr. Giner de los Ríos, que aquél debe limitarse á reconocer su existencia, como registra el nacimiento de las personas individuales, y á condicionarlas, protegiendo el ejercicio de sus derechos. En este punto no admiten que exista otra limitación respecto á las personas físicas que las relaciones de vida estrictamente peculiares del individuo, como la capacidad de delinquir, pues contra el parecer de Ahrens, dice el distinguido

profesor antes citado que son susceptibles de algunas que aquél no acepta, por ejemplo, la edad, pues las relaciones entre el Estado nacional y los municipios demuestran que unas personas jurídicas se desarrollan bajo la tutela de otras. Otros tratadistas entienden que no hay más personas naturales que las físicas, considerando á las jurídicas como creación del Estado, cuya doctrina desarrolla con su reconocida competencia Laurent en su *Droit civil français,* procurando demostrar que todos sus derechos proceden de la ley y no de la naturaleza, y que son aquéllos mucho más circunscritos que en el individuo, pues, v. gr., respecto al derecho de propiedad tiene este derecho, además de las limitaciones de las leyes, las de los estatutos de la corporación.

El Código civil alemán, al encontrarse con el problema de la intervención del Estado en las asociaciones, ha aceptado el sistema del Registro, salvo respecto á las que tengan carácter religioso, político ó político-social, en las cuales se reserva el Estado el derecho de oponerse á la inscripción, concediendo en tal caso á la asociación un recurso ante la jurisdicción administrativa. Más liberal parece todavía en este punto el Código suizo que, aunque dice en principio que las sociedades adquieren la personalidad por la inscripción en el Registro de Comercio, exceptúa de esta formalidad á las políticas, religiosas, científicas, artísticas, de beneficencia, de recreo y demás que no tengan fin económico, las cuales adquieren la personalidad con sólo expresar en sus estatutos la voluntad de organizarse corporativamente.

Nuestro Código, si bien adoptando un criterio prudente en esta materia, es bastante expansivo, puesto que se limita en muchos casos al mero reconocimiento de las personas jurídicas, señala pocas restricciones, según veremos, para la aprobación de los estatutos de las asociaciones civiles, y en la empeñada cuestión de la propiedad de las personas jurídicas es sumamente liberal.

ARTÍCULO 35

Son personas jurídicas:

1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que. con arreglo á derecho, hubiesen quedado válidamente constituídas.

2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles ó industriales, á las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

Existen muchas clasificaciones de las personas jurídicas. Estas pueden ser totales y particulares, voluntarias y necesarias, de interés particular ó social, naturales, legales y convencionales, legales y autorizadas, etc. Nuestro Código, para los efectos del mismo, las clasifica en personas jurídicas de interés público, subdivididas en corporaciones, asociaciones y fundaciones, y personas jurídicas de interés particular, subdivididas en asociaciones civiles, mercantiles é industriales. En la exposición observaremos el mismo orden que se deduce de la atenta lectura del presente artículo.

Personas jurídicas de interés público.—Es algo difícil distinguir la corporación de la asociación. Sin embargo, concordando este artículo con el siguiente, parece deducirse que la corporación exige que sea creada ó reconocida expresamente por una ley, y por esto dispone el Código que su capacidad se regulará por las leyes, mientras que la de las asociaciones se regula por sus estatutos. Por dicha razón las corporaciones pueden considerarse como personas jurídicas legales, y las asociaciones como personas jurídicas autorizadas, aunque tenga que proceder esta autorización de una ley de carácter general. Un municipio, por ejemplo, es una corporación de interès público ( ), cuya capaci

(1) La ley Municipal usa, sin embargo, la palabra asociación al definir el concepto de Ayuntamiento en el artículo primero.

dad regula la ley, mientras que las comunidades de regantes, aunque son asociaciones de interés público reconocido por la ley, y tanto es así, que en determinados casos prescribe ésta que se constituyan necesariamente (1), están sujetas al régimen de sus ordenanzas. Estas asociaciones convienen en esto último con las de interés particular, pero esta circunstancia las diferencia de las anteriores.

Las fundaciones son para algunos autores una comunidad ideal de personas en parte determinadas é indeterminadas en parte, y á ellas se puede aplicar mejor que á otra clase alguna la definición que da el distinguido romanista Brinz, de las personas jurídicas, á las que considera como patrimonios adscritos á determinado fin; no existiendo en ellas verdadera comunidad ó corporación. Un hospital puede servir de ejemplo para comprender lo que son las fundaciones.

Entre las corporaciones de interés público reconocidas por la ley civil, debe figurar el Estado, lo que afirman explícitamente algunos Códigos, entre ellos los de Sajonia y la República Argentina, y desconocen por el contrario otros, como el de Chile, dejando sin fundamento, como dice el comentarista del penúltimo citado, Sr. Freitas, el derecho de un particular á demandar al Estado por los actos de carácter puramente civil que realice, y aun para demandar á un Estado extranjero, por otros procedimientos que no sean la vía diplomática.

La segunda parte del primer párrafo determina que la personalidad de dichas corporaciones, asociaciones y fundaciones empieza desde el instante en que, con arreglo á derecho, hubieren quedado válidamente constituídas, y para saber cuando esto se verifica, es preciso tener en cuenta los principios contenidos en los artículos siguientes.

Personas jurídicas de interés particular.—Es muy difícil en la gradación de términos que existe desde lo particular á lo general, determinar el carácter del interés que ofrece una persona

(1) Véase el art. 228 de la ley de Aguas.

jurídica. Nadie ignora que se han dedicado muchas frases y hermosos pensamientos á enaltecer los efectos de interés general que produce el comercio, al unir con lazos de oro los pueblos. ¿Quién duda, pues, que las grandes Compañías mercantiles son asociaciones de verdadero interés público para el Estado en que estén constituídas y aun para aquellos con los que dicha empresa mantiene relaciones comerciales? Pero para los efectos del Código, no existen otras personas jurídicas de interés público que las reconocidas por la ley.

Algo difícil es la clasificación de las personas jurídicas de interés particular en civiles, mercantiles é industriales, puesto que, como veremos en el artículo siguiente, aquéllas se rigen por el contrato de sociedad, por el cual dos ó más personas se obligan á poner en común, dinero, bienes ó industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias, y á su vez, según el Código de Comercio, la Compañía mercantil es aquella en que dos ó más personas se obligan á poner en fondo común bienes, industria ó alguna de estas cosas para obtener lucro, en cuya definición se comprende también á las industrias. Sólo no se consideran mercantiles si no se constituyen con arreglo á las disposiciones del Código de Comercio, en cuyo caso serán civiles (1).

Por estas consideraciones, parece que no están comprendidas en este artículo las personas jurídicas de interés particular que no se proponen obtener lucro, aunque al comentar el artículo siguiente, procuraremos demostrar que no pueden menos de estar sometidas al Código civil.

El art. 1679 de este Código dispone que la sociedad comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato, si no se ha pactado otra cosa. Para el Código de Comercio, una vez constituída la Compañía mercantil, tiene personalidad jurídica en todos sus actos y contratos (2). En virtud de la ley de Asociaciones, las comprendidas en ella pueden constituirse á los ocho

(1) Véase el art. 116 del Código de Comercio.
(2) Idem.

días de presentados en el Gobierno civil los documentos que indicaremos al comentar el artículo siguiente, salvo que no se subsane la falta que se advierta en los mismos ó por suspensión gubernativa, pudiendo constituirse si á los veinte días de notificada ésta no fuese confirmada por la Autoridad judicial.

El principio de que las sociedades constituyen personas jurídicas distintas á las personas de los socios, con arreglo al art 35 del Código, ha sido aplicado por la Dirección general de los Registros, en sus resoluciones de 3 de Febrero de 1898 relativa á los honorarios que deben devengarse en inscripciones á favor de sociedades anónimas, y 6 de Marzo de 1900, sobre impedimento del art. 20 de la ley Hipotecaria para inscribir gravámenes constituídos por socios ó contra ellos sobre bienes registrados á nombre de la sociedad, y por el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de Noviembre de 1896.

Se ha suscitado varias veces la cuestión de si las memorias de misas, que consisten en aplicar cierta renta á la celebración del Santo Sacrificio, tienen por sí el carácter de personas jurídicas, habiéndoles negado siempre tal consideración el Tribunal Supremo en cuestiones sobre pobreza para litigar, como puede verse en las sentencias de 11 y 14 de Diciembre de 1897, 31 de Mayo y 4 de Junio de 1898, en las cuales se afirma que si bien las fundaciones piadosas que tengan el carácter de personas jurídicas pueden disfrutar ese beneficio, las memorias de misas no se hallan en tal caso, pues no tienen verdadera personalidad independiente de las personas naturales ó jurídicas á quienes por derecho incumbe cumplir y hacer que se cumpla la voluntad del testador.

ARTÍCULO 36

Las asociaciones á que se refiere el núm. 2.º del artículo anterior se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste.

Para aplicar este artículo, es preciso tener en cuenta el título 8.º del libro IV, que trata de la sociedad y que dispone que las sociedades civiles, por el objeto á que se consagran, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio, y que en tal caso les sean aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan á las del civil (1). Igual criterio siguen en lo esencial los Códigos portugués, guatemalteco, chileno y otros varios.

Ahrens cree que no todas las asociaciones constituídas por el contrato de sociedad son personas jurídicas, aplicando como piedra de toque para distinguir á éstas el principio *quod universitate debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, debent singuli* (2). Esta doctrina, que ahora no discutimos, no puede aplicarse á nuestro derecho positivo, puesto que, según hemos visto, el Código considera personas jurídicas á las asociaciones que tienen personalidad independiente de la propia de los asociados, y sólo cuando cada uno de éstos contrata en su propio nombre con los terceros, no reputa que existe sociedad y sí solamente comunidad de bienes (3).

Evidentemente no se rigen por el contrato de sociedad que regula el Código civil, y á pesar de la disposición expresa de éste, todas las personas jurídicas de interés particular, puesto que las que vienen comprendidas en el antes citado art. 116 del Código de Comercio, están sometidas á dicha legislación especial.

En cambio, hay otras personas jurídicas también de interés particular que se rigen por el Código civil, aunque de la concordancia de los arts. 35, 36 y 1665 del mismo, parece desprenderse que no puede haber otras sociedades civiles que las que se propongan el reparto de las ganancias que se obtengan de la comunidad de bienes ó industria. La ley regulando el ejercicio del derecho de asociación, de 17 de Junio de 1887, dispone en su artículo 2.º que se rigen por el derecho civil las asociaciones

(1) Artículo 1670 del Código civil.
(2) *Curso de Derecho natural* —Madrid, 1873.—Parte general, cap. III, § 25.
(3) Arts. 35 y 1669 del Código civil.

que, no siendo de las enumeradas en el primero, se propongan un objeto meramente civil; y en el art. 18 que, aun las sometidas á dicha ley, quedan sujetas, en cuanto á la adquisición, posesión y disposición de los bienes, para el caso de disolución, á lo que establezcan las leyes civiles respecto á la propiedad colectiva.

ARTÍCULO 37

La capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado ó reconocido; las de las asociaciones por sus estatutos; y las de las fundaciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario.

Este artículo parece referirse á la clasificación hecha de las personas jurídicas de interés público; pero creemos conveniente tratar también de las de interés particular, al ocuparnos de las asociaciones, por cuya clase empezamos, pues el comienzo de este artículo no ofrece dificultad alguna.

Las asociaciones de interés público han de observar, para la redacción y aprobación de sus estatutos, las reglas que determinen las leyes que las reconozcan. Así, las comunidades de regantes que citábamos como ejemplo, formarán sus ordenanzas de riego con arreglo á las bases de la ley de 1879, sometiéndolas á la aprobación del Gobierno, quien no podrá negarla ni introducir variaciones sin oir sobre ellas al Consejo de Estado, según dispone la ley de Aguas. Respecto á las sociedades civiles sometidas á las disposiciones de este Código, se rigen por el contrato celebrado, que se ha de elevar á escritura pública, á tenor del art. 1667, si se aportaren á la sociedad bienes inmuebles ó derechos reales. Es ocioso indicar que dicho contrato, para ser válido, ha de reunir todas las condiciones inherentes á los contratos en general y las especiales del contrato de sociedad. El Código penal, en su art. 198, reputa asociaciones ilíci-

tas: 1.º Las que por su objeto ó circunstancias sean contrarias á la moral pública. 2.º Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en dicho Código.

En cuanto á las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo, ó cualesquiera otros lícitos, que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro ó la ganancia, y las demás sometidas á la ley de 1887, que regula el ejercicio del derecho de asociación, como son los gremios, las sociedades de socorros mutuos, de previsión, de patronato, y las cooperativas de producción, de crédito ó de consumo, exceptuando las asociaciones de la religión católica autorizadas en España por el Concordato, las civiles ó mercantiles y las que existan ó funcionen en virtud de leyes especiales, deben sus fundadores ó iniciadores presentar, por lo menos ocho días antes de su constitución, al Gobernador de la provincia en que haya de tener aquélla su domicilio, dos ejemplares firmados por los mismos, de los estatutos, reglamentos, contratos ó acuerdos por los cuales hayan de regirse, expresándose claramente en ellos los requisitos indicados en el art. 4.º de la referida ley. Si en los mismos existe alguna omisión, lo comunica el Gobernador á los interesados, y de igual modo si ha remitido copia certrficada de dichos documentos á los tribunales por considerarlos comprendidos en el Código penal. De otra suerte, ó bien subsanada la falta ó no confirmándose dentro de veinte días por la autoridad judicial la suspensión gubernativa, puede constituirse la sociedad, quedando obligada á comunicar en la misma forma cualquier modificación que en lo sucesivo se adopte en los contratos, estatutos ó reglamentos sociales.

De manera que, aunque no consigne nuestro Código civil, como el de Chile, que los estatutos ú ordenanzas de las personas jurídicas han de aprobarse necesariamente si «no tuvieren nada contrario al orden público, á las leyes y á las buenas costumbres», de todo el contexto de nuestro derecho positivo se deduce que existe sobre el particular un criterio amplio y expansivo, y que en muchos casos no es necesaria la aprobación, basta el

mero conocimiento; y en otros, ni aun este requisito, como acontece respecto á la sociedad civil á que no se aportan bienes inmuebles.

En cuanto á las fundaciones, no es posible condensar en una fórmula de carácter general los casos en que han de ser aprobadas por las autoridades administrativas las reglas de su institución, para lo que es preciso consultar las leyes especiales por que se rigen. Respecto á los establecimientos de beneficencia, la Instrucción de 1875, vigente en esta parte, declara que el Gobierno se reserva la aprobación de las constituciones y estatutos de las fundaciones de su patronazgo y de las demás de carácter permanente encomendados á Juntas de patronos.

Examinando detenidamente el Código, se ve que las personas jurídicas no se rigen solamente por las leyes que las crean y reconocen ó por sus reglamentos, estatutos ú ordenanzas, y de ello es buena prueba el art. 1873, que establece que respecto á los Montes de Piedad y demás establecimientos públicos, que por instituto ó profesión prestan sobre prendas, se observarán las leyes y reglamentos especiales que les conciernan, y subsidiariamente las disposiciones del título en que está comprendido dicho artículo. Por interpretación extensiva, creemos que el espíritu de nuestro derecho positivo es que el Código civil sea subsidiario de las leyes especiales, reglamentos y estatutos de las personas jurídicas en todo aquello que constituye la esfera propia del mismo.

Con relación á este artículo, aunque sin establecer doctrina importante en la materia, se han dictado las sentencias de 9 y 11 de Febrero de 1905, y la Resolución de 23 de Junio del mismo año.

ARTICULO 38

Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles ó criminales, conforme á las leyes y reglas de su constitución.

La Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades; y los establecimientos de instrucción y beneficencia por lo que dispongan las leyes especiales.

Existen tratadistas que consideran como carácter distintivo de la persona jurídica la capacidad para adquirir bienes, lo que se desprende de la definición del ilustre Savigny: la persona jurídica es un sujeto capaz de propiedad. Otros, entre los que figura Ahrens, entienden que sólo una clase determinada de ellas, las que denomina económico jurídicas, tienen por fin exclusivo el económico; y algunos, entre los que puede citarse á D. Gumersindo de Azcárate, creen que jamás la producción ó circulación de la riqueza puede proponérselo ninguna persona, individual ó colectiva, sino como fin mediato para la realización del general humano. Pero, sea cualquiera la importancia que el orden económico tenga para las personas jurídicas, es indudable que ha de suponerse á todas capaces del derecho de propiedad, porque sería absurdo reconocerles un fin y negarles los medios de realizarlo, pues aun las de carácter más espiritual, como la Iglesia, han de cumplir su misión en la tierra por medio de hombres, y en el tiempo y en el espacio. Circunstancias históricas, cuya investigación es difícil hacer sin apasionamiento en uno ú otro sentido, y que no es necesaria para nuestro objeto, produjeron los inconvenientes que los filósofos, los jurisconsultos y los economistas achacaron, principalmente en el siglo XVIII, á la amortización. De todos es sabida la manera y las exageraciones con que se llevaron á cabo la desamortización eclesiástica y la civil, desconociéndose las diferencias que existen entre los inconvenientes de las vinculaciones y las ventajas de las fundaciones, y que si éstas tienen un fin de carácter permanente, llámense Iglesia, Municipio, Hospital ó Universidad, su propiedad ha de tener el mismo carácter. Por esta razón, en este punto ni son defendibles la apropiación de parte de esta propiedad á título de desamortización, aplicando

las teorías de la Revolución francesa, ni la tasa de la propiedad inmueble, como acontece en los Estados Unidos, ni los Códigos que, como el de Portugal, impiden que las asociaciones puedan adquirir por título oneroso bienes muebles, no siendo fondos consolidados, ni los que, cual el de Chile, exigen que para conservar bienes raíces necesiten acuerdo especial; debiendo limitarse el derecho á garantir la libre transmisión y la posibilidad de transformar la propiedad si lo demandasen exigencias económicas.

En estos principios se ha inspirado el Código civil y así lo demuestra la concienzuda exposición que elevó la Comisión de Codificación al Sr. Ministro de Gracia y Justicia en 30 de Junio de 1889, donde se consigna sin hacer observación alguna una doctrina, á que la Sección dice que ha prestado atento oído y que ha sido atendida, la que se apoya en la tésis de que «restituída la facultad de adquirir y *poseer* á las comunidades religiosas, se cumplirá en todos sus puntos el derecho canónico, y habrá la igualdad debida entre todos los ciudadanos, sin distinción de profesión y estado, de eclesiásticos y seglares». Además, en el art. 1976 se declara que «quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio», y que «esta disposición no es aplicable á las leyes que en este Código se declaren subsistentes». Ahora bien: como las leyes desamortizadoras constituían parte del derecho civil común, las condiciones todas del derecho de propiedad son una materia objeto del Código y en éste no se declaran subsistentes aquellas leyes; no comprendemos en qué fundamento legal se apoyan ilustrados comentaristas para considerar que son complementarias del presente artículo. Alguno dice que al afirmarse que las personas jurídicas pueden adquirir y poseer conforme á las leyes, en éstas se alude á las desamortizadoras, sin tener en cuenta que el artículo establece que han de adquirir y poseer

conforme á las leyes y reglas de su constitución, teniendo en cuenta que hay personas jurídicas que se rigen por disposiciones taxativas de las leyes y otras por sus estatutos. Por ejemplo, según la Instrucción de 1885, los fondos sobrantes de los establecimientos de Beneficencia general se custodiarán en la Caja general de Depósitos hasta que el Gobierno disponga de ellos para atenciones ordinarias de los siguientes ejercicios, ó para obligaciones urgentes no previstas en los presupuestos.

Esto no quiere decir que no deban observarse las leyes especiales vigentes y aun en general las disposiciones que en algo alteran la capacidad de las personas jurídicas para adquirir y poseer, pues algunas, como la Instrucción citada, no tienen otra fuerza que la del Real decreto que la aprobó. Así lo confirma el artículo 344 del Código, que establece que por sus disposiciones se regirán los bienes patrimoniales de las provincias y pueblos, *salvo lo dispuesto en leyes especiales.* Entre las leyes á que se ha de atender, aparte de las de constitución ó reconocimiento de las personas jurídicas, debe ser el Código, que tiene acerca del particular algunos preceptos y en este momento recordamos el del art. 748, en que se previene que la institución de heredero hecha á favor de un establecimiento público bajo condición, ó imponiéndole un gravamen, sólo será válida si el Gobierno la aprueba. En armonía con los principios anteriormente expuestos, dispone el art. 746 que «las iglesias y los cabildos eclesiásticos, las Diputaciones provinciales y las provincias, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública, las asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley y las demás personas jurídicas, pueden adquirir por testamento con sujeción á lo dispuesto en el art. 38».

La Iglesia católica se rige en este punto, respecto á España, por lo concordado entre ambas potestades, y por consiguiente, por el Convenio de 1859, cuyo art. 3.º dice «que el Gobierno reconoce de nuevo formalmente el libre y pleno derecho de la Iglesia para adquirir, *retener y usufructuar en propiedad, y sin limitación ni reserva, toda especie de bienes y valores*».

De la varias veces citada ley de Asociaciones se desprende que se regirán por ella, y, por tanto, en esta parte por las disposiciones relativas á la propiedad colectiva, según su art. 18, las asociaciones de la religión católica no comprendidas entre las que autoriza el Concordato y las asociaciones religiosas no católicas.

En cuanto á los establecimientos de enseñanza, rige la ley general de Instrucción pública de 1857 y sus reformas parciales, señaladamente las leyes de 21 de Diciembre de 1876 y 26 de Julio de 1878, que determinan los establecimientos de enseñanza dirigidos por religiosos que pueden adquirir y poseer bienes inmuebles, y cuáles no. Respecto á los de beneficencia, la ley de 20 de Junio de 1849 y las Instrucciones de 1875 y 1885, aquélla en la parte que determinan los artículos 2.º y 53 de la última.

Se dispone, por último, en este artículo, que las personas jurídicas pueden ejercitar acciones civiles ó criminales, lo que es evidente, puesto que necesitarán reclamar derechos desconocidos y pueden ser sujetos pasivos de un delito, y si bien está reconocida aquella facultad expresamente por la ley de Enjuiciamiento civil, cuyo art. 2.º dispone que por las corporaciones, sociedades y demás entidades jurídicas, comparecerán las personas que legalmente las representen, se ha hecho bien en afirmarlo, pues no lo está con claridad en la ley de Enjuiciamiento criminal, que reconoce el derecho de ejercitar la acción pública á los *ciudadanos* españoles; bien es verdad que á este precepto se ha dado interpretación extensiva.

Jurisprudencia.—Afirman la capacidad de los establecimientos de Beneficencia para adquirir y poseer bienes de todas clases, la sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de 3 de Febrero de 1899, y la resolución de la Dirección general de los Registros de 13 de Octubre de 1900, cuya doctrina es idéntica. Según estas importantes decisiones, contra las pretensiones hechas en nombre del Estado, que, si bien el art. 1.º de la ley de 1.º de Mayo de 1855 declaró en estado de venta, entre otros,

los bienes pertenecientes á la Beneficencia, es lo cierto que para que dicho precepto legal tenga aplicación, dado el espíritu que informa las leyes desamortizadoras, se hace indispensable que tales bienes se hallen poseídos por manos muertas, es decir, por instituciones ó personalidades que carezcan de la libre facultad de enajenar, ya sea por limitaciones puestas en los títulos de adquisición de los bienes, ya por impedirlo las condiciones de constitución de la fundación de que se trate; que los hospitales son personas jurídicas con arreglo al art. 35 del Código civil, y no puede negarse á dicha institución, en virtud del art. 38, la facultad de adquirir y poseer bienes de todas clases, por más que, por tratarse de una fundación de Beneficencia, tenga que estar además sometida á lo que dispongan las leyes especiales, según el mismo precepto del art. 38 del Código civil ordena; y que la legislación especial en materia de Beneficencia la constituye la Instrucción del ramo de 27 de Abril de 1875, la cual lejos de excluir la posibilidad de que las fundaciones particulares de esta clase posean y enajenen bienes inmuebles, lo prevé y hasta lo regula, demostrándolo así las disposiciones contenidas en el número 4.º del art. 11 y 7.º del 64, al determinar en el primero que al Ministro de la Gobernación corresponde autorizar al representante de las fundaciones para vender sus bienes inmuebles no amortizados, y al disponer en el segundo que se necesitará expediente y resolución especial del mismo Ministro para hacer la declaración de que conviene vender los bienes inmuebles no amortizados de una fundación.

Con relación á la Iglesia, antes del Código, afirmó su capacidad para adquirir y poseer bienes la resolución de la Dirección de los Registros de 16 de Febrero de 1883, según la cual, no es aplicable la ley de 1.º de Mayo de 1855, ni las demás disposiciones á ella referentes, tratándose de bienes adquiridos por la Iglesia con posterioridad á la publicación del Convenio-ley de 4 de Abril de 1860, que no exige que los bienes que adquiera la Iglesia hayan de enajenarse invirtiendo el precio en láminas intransferibles del 3 por 100, puesto que este precepto

se limita, según el art. 4.º del citado Convenio, á los bienes devueltos al Clero por el Concordato de 1851, y en manera alguna se refiere á los que haya adquirido la Iglesia después del Convenio, ó á los que adquiera en lo sucesivo. Esta resolución se conforma con lo dispuesto con relación á esta materia en el art. 38 del Código civil.

Reconoce también la facultad de la Iglesia para disponer de sus bienes la Real orden de 4 de Diciembre de 1890, fundada en el Código, y viene á sostener la misma doctrina la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Abril de 1892, que admite la posibilidad de que actualmente se funden capellanías colativas, sin otra restricción que la de convertir los bienes cuando sean inmuebles en inscripciones intransferibles de la Deuda pública.

Queda, pues, en pie esta única cuestión: con arreglo á la doctrina del Convenio-ley de 4 de Abril de 1860, que el Código respeta, ¿debe la Iglesia, facultada desde luego para adquirir bienes en lo sucesivo, convertir esos bienes, cuando sean inmuebles, en títulos de la Deuda? Esperemos más uniformidad en la jurisprudencia.

En resolución de 20 de Agosto de 1894 se declara que las Comunidades religiosas, á tenor del art. 38 del Código, tienen regulada su capacidad jurídica por las disposiciones canónicas, y no prohibiéndose en éstas la extinción de una hipoteca por haber sido la obligación principal por ella garantida, íntegramente satisfecha, pueden tales corporaciones otorgar escrituras de cancelación sin necesidad de la autorización y licencia del Ordinario.

Con relación á la capacidad de las Diputaciones provinciales para adquirir bienes, en virtud de los preceptos consignados en los arts 35, 37, 38 y 746, puede verse la sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de 10 de Enero de 1901; y con relación á los Ayuntamientos, la resolución de la Dirección de los Registros de 5 de Abril de 1902.

El art. 3.º de la ley de 28 de Enero de 1906 reconoce á los

sindicatos agrícolas la capacidad jurídica que determina el artículo 38 del Código civil.

La resolución de 9 de Mayo del mismo año declara que cualquiera que sea la doctrina que se mantenga sobre derogación por el Código civil, artículos 38 y 746, de las leyes desamortizadoras, es indudable que no serían nunca aplicables á actos anteriores al 1855.

La Real orden de 26 de Marzo de 1906 determina que no obsta al percibo de pensión del Tesoro el ingreso de una huérfana en religión, pues individual y colectivamente tienen hoy los institutos religiosos capacidad para adquirir.

ARTÍCULO 39

Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, ó por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, ó por ser ya imposible aplicar á éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará á sus bienes la aplicación que las leyes, ó los estatutos, ó las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes á la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia ó municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas.

Las personas jurídicas, como todo lo que vive en el tiempo, se extinguen y perecen. Sólo la Iglesia católica subsiste á través de las mudanzas, y aun dentro de ella las asociaciones y fundaciones religiosas se renuevan, dejando de existir unas y creándose otras.

Además de los preceptos de carácter general consignados por el Código, para conocer cuándo se extinguen las personas jurídicas de interés público es necesario atender á las leyes que las reconocen, y por esto creemos acertado que no haya mencionado la voluntad de los individuos que las componen entre los medios

de disolverse, pues á muchas de aquéllas no podría aplicarse, verbigracia, al Estado nacional y á los municipios, desacreditada en la ciencia la teoría del contrato social. En cuanto á las personas jurídicas de interés particular que tienen por objeto el lucro, es preciso consultar el cap. 3.º del tít. 8.º del libro 4.º, que trata de los modos de extinguirse la sociedad, entre los que se comprenden: el que expire el término por que fué constituída; que se pierda la cosa ó se termine el negocio que le sirve de objeto; la muerte natural, interdicción civil ó insolvencia de cualquiera de los socios; el embargo hecho por los acreedores particulares de un socio de la parte de éste en el fondo social, y la voluntad de cualquiera de los socios, excepto cuando deben subsistir con arreglo al Código de Comercio; se adoptan precauciones para evitar que la renuncia se haga de mala fe, y se prohibe cuando la sociedad, ya sea por disposición del contrato, ya por la naturaleza del negocio, haya sido constituída por tiempo determinado, á no intervenir los justos motivos que menciona el artículo 1707, lo que nos parece preferible á la prohibición de que se disuelvan por la sola voluntad de las partes, que contiene el Código chileno, que en este y otros puntos relativos á las personas jurídicas es bastante deficiente, lo que es extraño tratándose de un estado tan comercial, y ha contribuído indudablemente á los elogios que dirige el publicista chileno D. Juan de Dios Vergara al Código civil español, por el carácter progresivo con que regula esta materia. El Código de comercio dedica la sección décimatercera del tít. 1.º del libro 2.º á tratar del término y liquidación de las compañías mercantiles, disponiendo que las compañías, de cualquier clase que sean, se disolverán totalmente por las causas que siguen: 1.ª, el cumplimiento del término prefijado en el contrato de sociedad, ó la conclusión de la empresa que constituya su objeto; 2.ª, la pérdida entera del capital; y 3.ª, la quiebra de la compañía. Las compañías colectivas y en comandita se disuelven, además, totalmente: 1.º, por la muerte de uno de los socios colectivos, si no contiene la escritura social pacto expreso de continuar en la sociedad los here-

deros del socio difunto, ó de subsistir ésta entre los socios sobrevivientes; 2.°, por la demencia ú otra causa que produzca la inhabilitación de un socio gestor para administrar sus bienes; y 3.°, por la quiebra de cualquiera de los socios colectivos.

Existe una diferencia entre las reglas del Código civil y las del mercantil, y consiste en que el primero admite que la sociedad constituída por tiempo determinado se prorrogue por consentimiento expreso ó tácito de todos los socios (1)—lo que es una excepción á las reglas generales del art. 39—; y el segundo exige para este efecto que se celebre un nuevo contrato (2). En las compañías colectivas ó comanditarias constituídas por tiempo indefinido, según el Código de Comercio, cuando alguno de los socios exige su disolución, los demás no pueden oponerse á no mediar mala fe.

En cuanto á las personas jurídicas de interés particular que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro y que estén comprendidas en la ley de Asociaciones, la autoridad judicial será la única competente para decretar su disolución, cuando tenga el carácter de ilícita con arreglo á los preceptos del Código penal y en las que dicte sobre delitos cometidos en cumplimiento de los acuerdos de la misma; disposición que resuelve en nuestro derecho positivo el discutido problema acerca de si las personas jurídicas pueden ser sujetos activos de un delito y que equivale á imponerles pena de muerte.

Cuando se extingue la vida de una persona jurídica es indispensable determinar el destino de sus medios económicos, si los tenía, pues hemos visto que á veces perece por falta de ellos, y á semejanza de lo que acontece respecto á las personas individuales, se atiende á su voluntad expresa, abriéndose una especie de sucesión testamentaria, ó bien se procura interpretar su voluntad en una sucesión *abintestato*.

Respecto al primer punto no existe dificultad teórica algu-

(1) Art. 1702 del Código civil.
(2) Art. 223 del Código de Comercio.

na; basta consultar sus estatutos ó las leyes que crean ó reconocen las personas jurídicas, en cuyo caso ya desaparece la analogía con la sucesión testamentaria, y procurar cumplir sus preceptos.

El último párrafo del presente artículo debe aplicarse, no sólo cuando nada se ha establecido previamente, sino, además: 1.º, cuando no se puede cumplir lo establecido, sea por imposibilidad material, sea por imposibilidad jurídica, por ejemplo, si se dejan los bienes á quien no tiene capacidad para adquirirlos; y 2.º, si no existen preceptos de carácter más especial que los del art. 39, v. gr., respecto á las asociaciones comprendidas en la ley de 1887, á las que en dicho caso deben aplicarse las reglas del derecho civil relativas á la propiedad colectiva. En otro caso, se aplicarán los bienes, como dispone el artículo que comentamos, á la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia ó municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas, lo que parece acertado; pues esto se debía, ó al efecto que á las mismas profesaban los fundadores, ó á sus especiales circunstancias para el fin que realizaban. Este requisito resulta difícil de determinar cuando la institución tiene carácter nacional y sus reglas tienden á que todas las regiones reporten sus beneficios con igualdad, aunque siempre resultan más favorecidas, por razones independientes de la realización de su fin, las comarcas ó el pueblo en que están domiciliadas. Sin embargo, para este caso hubiera sido conveniente comenzar la anterior enumeración por el Estado, como hace el Código portugués, aunque sin el carácter exclusivo de éste, que sólo admite la excepción de una ley especial.

Cuando se declare la disolución de una sociedad ilícita, se destinarán las ganancias, en virtud del art. 1666 de este Código, á los establecimientos de beneficencia del domicilio de la sociedad, y en su defecto, á los de la provincia.

TÍTULO III

DEL DOMICILIO

En anteriores comentarios hemos distinguido la vecindad del domicilio, que son tan diferentes, que nuestras leyes administrativas conciben que existan domiciliados que no sean vecinos, y hemos indicado la gran importancia que tiene el concepto del domicilio en los Códigos civiles americanos en todo lo que se refiere al derecho internacional privado. No es igual el interés que inspira al derecho de Europa; pero no deja, sin embargo, de tenerlo, no ya en lo que se refiere al derecho político y al administrativo, sino al procesal y al civil. Baudry-Lacantinerie y Planiol enumeran diversos casos—relacionados con las notificaciones, competencias, ejercicio de ciertos derechos, publicidad de actos relativos á la persona, centralización de los intereses pecuniarios y apertura de la sucesión—que demuestran la necesidad de fijar el domicilio y la importancia que tiene con relación á los actos jurídicos. Creemos, pues, que obró con acierto el Código de Napoleón al dedicarle todo un título, que es el 3.º del libro primero, en lo que le siguió el proyecto español de 1851, determinándolo extensa y juntamente con la vecindad, aunque daba la circunstancia de que no se habían publicado en aquella época, fijando ambos conceptos con precisión, la ley de Enjuiciamiento civil y la Municipal.

ARTÍCULO 40

Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas

naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la ley de Enjuiciamiento civil.

El domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieren tenido en territorio español.

ARTÍCULO 41

Cuando ni la ley que las haya creado ó reconocido, ni los estatutos ó las reglas de la fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, ó donde ejerzan las principales funciones de su instituto.

El domicilio, en su acepción jurídica, tiene una noción algo más compleja que en su acepción vulgar. Una constitución de Diocleciano lo definía «Ubi quis larem rerunque ac fortunarum suarum summan constituit», y Pothier, coincidiendo con la idea romana, «el lugar donde una persona ha establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios», definición copiada por el Código argentino.

Pero la residencia sola no constituye el domicilio, hay que añadir á aquella idea una nota de fijeza, de habitualidad. Ahora bien: ¿cómo caracterizar esa habitualidad? El derecho inglés exige para adquirir el domicilio la residencia de cuarenta días con intención de permanecer en el mismo lugar. La mayoría de las legislaciones se contentan con la sola intención (*animus habitandi*, *animus manendi*); el Código francés y el alemán exigen esta intención para que se produzca el cambio de domicilio: sin ella el cambio de residencia real no tiene efectos jurídicos; y el Código argentino expresa la idea todavía más claramente: «el domicilio se determina por la residencia, con intención de permanecer en el lugar en que se habite».

Nuestro Código deja al prudente arbitrio judicial la determinación de la habitualidad en la residencia. Y también queda ancho campo al arbitrio judicial en lo relativo á determinar el lugar donde ejercen las personas jurídicas las principales funciones de su instituto, acerca de cuyo punto la última decisión que conocemos es la dictada en 1889 por el Tribunal de Apelación de Bruselas, que citamos al comentar el art. 28.

Acerca de los diplomáticos que gozan del privilegio de la extraterritorialidad, existe gran divergencia entre los publicistas, pues la doctrina antigua mantenida por Grocio, Vattel, Bynkershoek, Martens, Fœlix y Wheaton, de que gozan de aquel privilegio todas las personas del séquito del agente diplomático, afirmada resueltamente en sus proyectos de códigos internacionales por Blunstschli y Dudley Field, y aplicada por los tribunales franceses con tanta exageración, que el del Sena reconoció la extraterritorialidad de la mujer del agregado militar de una Legación; creemos más aceptable la opinión de Fiore, que limita dicho privilegio á los funcionarios que constituyen una Legación, siempre que formen parte integrante de la representación pública del Estado á que aquélla pertenece, en cuyo caso se comunica su nombramiento á los respectivos Ministros de Relaciones exteriores. En los tratados celebrados por España sólo se suele consignar el derecho de nombrar agentes diplomáticos y de que se les reconozcan las franquicias, privilegios é inmunidades de que gocen los de la nación más favorecida, único medio, aunque no siempre sencillo y expedito, de conocer cuáles gozan de extraterritorialidad en el derecho positivo.

El art. 40 hace referencia á la ley de Enjuiciamiento civil, y aunque esto no ofrece dificultad, creemos conveniente transcribir á continuación los artículos pertinentes de dicha ley, que son el 64 y siguientes hasta el 69 inclusive, que contienen los siguientes preceptos:

«El domicilio de las mujeres casadas que no estén separadas legalmente de sus maridos, será el que éstos tengan. Este principio, sostenido por el Tribunal Supremo en multitud de fallos,

fué rectificado en un caso especial por la sentencia de 17 de Junio de 1887, y conformes con ésta se han dictado después otras como las de 13, 23 y 28 de Octubre de 1899, y 27 de Octubre de 1911, en todas las cuales se declara que cuando las mujeres casadas, y lo mismo los hijos sujetos á la patria potestad, vivan con aquiescencia de sus maridos ó padres, en lugar distinto que éstos, tienen domicilio propio é independiente, que es al que debe atenderse para determinar la competencia en casos de alimentos provisionales, depósito de persona, etc.

El domicilio de los hijos constituídos en potestad es, por regla general, el de sus padres. Véase lo resuelto en la sentencia de 23 de Octubre de 1899, á que nos hemos referido en el párrafo anterior.

El de los menores ó incapacitados sujetos á tutela ó curatela, el de sus guardadores.

El domicilio legal de los comerciantes en todo lo que concierne á actos ó contratos mercantiles y á sus consecuencias, será el pueblo donde tuvieren el centro de sus operaciones comerciales.

Los que tuvieren establecimientos mercantiles á su cargo en diferentes partidos judiciales, podrán ser demandados por acciones personales en aquel en que tuvieren el principal establecimiento ó en el que se hubieren obligado, á elección del demandante.

El domicilio de las compañías civiles y mercantiles será el pueblo que como tal esté señalado en la escritura de sociedad ó en los estatutos por que se rijan. No constando esta circunstancia, se estará á lo establecido respecto á los comerciantes.

Exceptúanse de lo dispuesto en los artículos anteriores las compañías en participación, en lo que se refiera á los litigios que puedan promoverse entre los asociados, respecto á los cuales se estará á lo que prescriben las disposiciones generales de dicha ley.

El domicilio legal de los empleados será el pueblo en que sirvan su destino. Cuando por razón de él ambularen continuamen-

te, se considerarán domiciliados en el pueblo en que vivieren más frecuentemente.

El domicilio legal de los militares en activo servicio será el del pueblo en que se hallase el cuerpo á que pertenezcan cuando se hiciera el emplazamiento.

En los casos en que esté señalado el domicilio para surtir fuero competente, si el que ha de ser demandado no lo tuviere en algún punto de la Península, islas Baleares ó Canarias, será juez competente el de su residencia.

Los que no tuvieren domicilio ni residencia fija, podrán ser demandados en el lugar en que se hallen, ó en el de su última residencia, á elección del demandante (1).

Se cita el artículo 40 en las sentencias de 17 de Abril de 1905 y 27 de Agosto de 1906.

La de 20 de Noviembre de 1906 declara que no puede menos de estimarse residencia habitual de una persona, y por ella su domicilio, la población adonde la misma traslada su casa y familia para ejercer en aquélla su profesion ú oficio por tiempo indeterminado, dejando su domicilio anterior, aun cuando posteriormente, con motivo de haber variado las causas que originaron su traslación, ó por su propia voluntad, le cambie de nuevo. En 6 de Mayo de 1911 resolvió el mismo Tribunal que en la duda acerca del domicilio de los demandados, debe tenerse por tal el lugar donde aparecen empadronados y donde obtuvieron la cédula personal.

---

(1) El desarrollo de estas indicaciones puede verse en los *Comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil*, del Sr. Manresa.

TITULO IV

DEL MATRIMONIO

I

Definición del matrimonio.

Aun cuando esta institución, fundamental en el Derecho civil, puesto que es base de la familia, ha merecido por su nctoria importancia que á ella dediquen sus estudios legisladores y filósofos, no es la presente obra por su objeto y tendencias la obligada á estudiar los diversos aspectos bajo los cuales han examinado escritores de todos los tiempos y países la unión de los dos sexos (1).

Las definiciones conocidas en Derecho romano, una de Modestino, y de Ulpiano la otra (2), dieron una elevadísima idea del matrimonio, aun considerado fuera de su aspecto religioso, y son ambas universalmente reconocidas como perfectas hoy mismo, á pesar de que los adelantos de la ciencia hacen á los que la profesan duros en la censura y extremados en la exigencia.

El amor santificado por el deber fundan, según algunos escritores extranjeros, el matrimonio; y la escuela que dicha opinión sostiene, para separar la convención, que constituye el matrimonio y en que los dos cónyuges son dos contratantes, de la aspiración ideal y puramente espiritualista que cimenta sus

---

(1) Véase, para todo lo relativo á los aspectos filosófico, sociológico y jurídico del matrimonio, la documentadísima obra del Sr. Castán *La crisis del matrimonio* (Ideas y Hechos), Madrid, Hijos de Reus, 1914.

(2) «Conjunctio maris et fœmine, consortium omnis vitæ; divini et humani juris comunicatio» (ley 1.ª, tít. 2.º, libro 13 del Digesto). Ulpiano añadió: «*Individuam vitae consuetudinem continens.*»

doctrinas, desenvuelve una serie de afirmaciones puramente fantásticas, incapaces de dar vida á ninguna deducción práctica.

¿Es necesaria la unión carnal para que el matrimonio exista? ¿Constituye la reproducción de la especie el fin único del matrimonio? En tal caso, es decir, cuando se prescinda del mutuo auxilio de los cónyuges que están unidos para siempre, sería necesario invalidar las uniones que no han dado individuo ninguno á la raza humana, ó aquéllas contraídas por personas que por su edad no parecen aptas para la procreación.

Prácticamente, y después de las expresadas definiciones, en nuestro derecho vivirá eternamente la de la ley de Partida (1), que deduciendo de la etimología de la palabra *matrimonio*, compuesta de las palabras latinas *matris* y *munium*, la significación de *oficio de madre*, la confirma diciendo «porque si bien el padre engendra los hijos, la madre sufre muy gran embargo con ellos é muy grandes dolores cuando han de nascer, é después que son nascidos ha gran trabajo en criar á ellos mismos por sí». En estas razones fundamenta el Rey Sabio el que la unión de varón y hembra no se llame *patrimonio*. La definición que en dicho código se contiene, dice que es matrimonio, «ayuntamiento de marido é de mujer, fecho con tal entencion de bevir siempre en uno é de non se departir, guardando lealtad cada uno de ellos al otro, é non se ayuntado el varon á otra mujer nin ella á otro varon biviendo ambos á dos».

Dedúcese de estas palabras que, aun bajo su aspecto civil, tal y tan justa influencia ha tenido la Iglesia sobre la manera de ser del matrimonio como contrato, que aun cuando las ideas dominantes supongan al Estado en la necesidad de salir de una tutela largo tiempo subsistente, el hecho, más fuerte que toda clase de declamaciones, ve siempre en el matrimonio, tal cual lo desean la generalidad de los españoles, lo que tanto admiró á Tertuliano (2).

---

(1) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. 2.º, Partida 4.ª

(2) «Duo in carne una, ubi et una caro unus espiritus.» (Tertul, *ad uxorem*, II.)

II

Breve reseña histórica.

Sería necesario seguir paso á paso la condición social de la mujer para marcar las vicisitudes históricas que en diversos pueblos ha experimentado la unión de los dos sexos. La bibliografía jurídica es rica en elementos, que si no despreciables en una obra meramente práctica como base de las instituciones, sujetas, más que á su crítica, á su explicación y análisis, no pueden aprovecharse con la extensión que alcanzan en otra clase de trabajos.

El matrimonio se presenta como anterior á toda legislación positiva «*prima societas in ipso conjugio*» (1). El hecho no amparado ni regulado por la ley escrita, busca en sus fuentes la tradición y la costumbre, el modo y forma de realizarse, y es innegable que en los pueblos más alejados de la civilización la unión sexual fué acompañada por ceremonias, sacrificios religiosos, fiestas públicas y hasta combates, cuya descripción se lee minuciosísima y detallada en muchas obras, en virtud de las cuales surge para nosotros la vida de la antigüedad.

Herodoto, César, Estrabón nos hablan de pueblos bárbaros cuyos hombres, entregados al ejercicio de las armas, no conocían la vida del hogar ni tenían aspiración á ella, y aceptando el comunismo más repugnante sobre las mujeres, entregaban al cuidado de la tribu los hijos de aquéllas en la imposibilidad de que la paternidad se determinase (2).

En los tiempos patriarcales en que el marido compra á su mujer, la riqueza del adquirente determina la posibilidad de que la operación se repita, originándose de una manera lógica la poligamia, que aun existe en la misma Europa y que ha encontra-

---

(1) Cicerón, *De officis*, libro 1.º, c. 17.

(2) Klaproth, *Magasin asiatique*.—Letourneau, *L'evolutión du mariage*.—París, 1888.

do defensores como Caussin de Perceval, Barthelemi, Saint Hilaire y Gustave Le Bon, el más entusiasta de todos (1).

Es innegable que la existencia de la *monogamia* en un país denota su civilización, aun cuando afecte las diversas formas con que imperó como costumbre primero y como ley escrita después.

La cesación de la vida nómada, la prolongada permanencia en determinado paraje, ocasionaron la estabilidad de las uniones, que antes creaban el capricho ó el acaso; pero sin anudarlas en hecho.

La religión presidió al hogar como tan cercana á él, y cada familia adoró sus dioses, revistiendo desde entonces la unión de los dos sexos un carácter sagrado, y perdiendo en aras de los intereses que se creaban, el hombre su independencia, y la mujer la libertad que antes había gozado bajo el régimen de la maternidad (2), la cual, como cierta y conocida, fué origen etimológico para muchos autores que han estudiado las distintas fases del matrimonio en diversos pueblos (3).

En Atenas se unieron el hombre y la mujer prometiéndose fidelidad mutua, solicitados para ello por el interés social que ahogaba el desarrollo de toda individualidad y entregaba á las decisiones del voto público cuestiones de índole privada, invistiendo á la muchedumbre del derecho de juzgar en la plaza pública, solicitando los impulsos y vehemencias de la pasión, más que el juicio del convencimiento, los oradores que con el poder de su palabra determinaban la inapelable decisión de aquel numeroso y bullidor jurado.

Vivía el marido en la plaza pública acusando ó siendo acusado, defendiendo ó siendo defendido, mientras la mujer se extinguía en la soledad del *gineceo*, cerrado á toda visita y únicamente permitido á muy próximos parientes en casos rarísimos.

---

(1) *La civilización de los árabes*, traducida por D. Luis Carreras.—Barcelona, 1886.

(2) Paul Gide.—*Études sur la conditión privée de la femme*.—París, 1867.

(3) «Der name matrimonium selbst ruht auf der Grundidee des Mutterrechts. Man sagte matrimonium, nich patrimonium.» Bachofen. *Das Mutterrechts*.—Stuttgart, 1861.

Y á tal estado de sujeción y aislamiento no llegaba nunca por su propia voluntad la mujer griega, pues su matrimonio se contrataba por su padre, hermano ó tutor, sin que ella tuviese intervención alguna hasta el acto de ser entregada á su dueño, libertándose de una opresión para sufrir otra quizá mayor (1).

No existió, pues, tampoco en aquel pueblo la igualdad ante el matrimonio, porque la única aspiración del Estado era la de tener soldados fuertes y hombres bien formados, dando margen estas dos aspiraciones á una selección por medio de la barbarie, pero selección organizada, llevada á cabo de una manera calculada y fría, que mataba toda iniciativa individual en pro de lo que se creía interés común.

Era el celibato condenado y execrado, y el hombre que no se casaba se exponía á la burla y menosprecio de la multitud, que ejercitaba su derecho á la injuria en medio de la calle. Bajo la amenaza y el temor, solicitaba el varón de treinta años una mujer que le diese hijos, y cuando encontraba un padre ó tutor que le concedían de buen grado la hembra apetecida, la violencia marcaba el instante de la posesión material; pues el esposo interrumpía los cánticos de los que acompañaban á la novia, arrebatándosela con furia y entrándola con violencia en el hogar donde había de vivir encerrada para siempre.

Podía, sin embargo, la mujer, cuando se creía tiranizada por padre, hermano ó marido, utilizar el juicio abierto constantemente en la plaza pública y expresar allí su queja, apelando al pueblo, como trató de hacerlo la mujer de Alcibiades, detenida á tiempo por su marido, temeroso de que su vida crapulosa y desordenada fuese conocida por el pueblo entero (2).

El fundamento del fuerte poder paterno y marital se significaba por la operación simbólica que precedía al matrimonio. Fué la base de éste la venta, *coemptio* ó *pretium nuptiale*; y de tal manera quedaba la mujer bajo el dominio inminente del compra

---

(1) Stobeo, LXVIII, 19, y LXXIV, 7.
(2) Grote, *History of Grece*.

dor, que su marido podía venderla ó matarla. Esta costumbre de origen remotísimo pareció tan fuerte aun á los legisladores primitivos de diversos pueblos, que Manú en la India, Moisés en Palestina y Rómulo en Italia trataron de abolirla.

Al mismo *Corán*, que considera á la mujer como sér muy inferior al hombre, y la declara esclava de éste, y la encierra y priva de toda expansión y toda iniciativa, llegó la protesta, y así se expresó el libro sagrado, después de declarar que el hombre era el dueño de la mujer, «pero Dios es poderoso y los ve».

Sin embargo, ya *manus* entre los romanos ó *mundium* en Germania, el poder que la familia centralizaba en su jefe, llegó sin grandes menoscabos al derecho escrito (1).

Aun cuando se ha tratado de establecer una frontera perfectamente definida entre el matrimonio como concepto religioso y como contrato civil, en todos los tiempos han tomado parte los sacerdotes en las ceremonias establecidas por la costumbre, y los cánticos sagrados y los sacrificios han acompañado á las solemnidades simbólicas con que en las familias se representaba la creación de un nuevo hogar.

Entre los israelitas, en cuyas costumbres era admitida la poligamia, el poder marital y el paterno se regulan por los mandatos de Dios, y el sacerdote tiene en la vida de la familia la intervención directa, justa y decisiva que emanaba de una legislación recientemente aprendida por la multitud en los salmos religiosos, y constantemente repetida para glorificar á Jehová que había elegido aquel pueblo como su predilecto.

La ley de rigor mosaica es la fuente de los impedimentos de afinidad y consanguinidad, hoy reconocidos por todas las legislaciones, y si bien el *Levirato* imponía á la viuda la obligación de casarse con el hermano de su difunto marido, si no había tenido descendencia, no puede compararse esta costumbre con la que muchos historiadores citan como análoga, practicada en la India,

(1) J. Grimm, *Deuts Rechtsche Rechtsalterthümer*.—Gotinga, 1854.

según el Código de Manú, aun en vida del marido imponente, que era sustituído por un hermano en el lecho conyugal.

Habían vivido antes los hebreos en la esclavitud, bajo el poder del pueblo egipcio, respirando una atmósfera corrompida y teniendo constantemente á la vista hábitos repugnantes, que Moisés combatió con energía, pero con lento resultado.

No permite el *Levirato* el adulterio, no ultraja el pudor de la mujer, sino que se basa y fundamenta en una interpretación extensa y absoluta del precepto relativo á la procreación de la especie, que si hoy es reconocido como uno de los fines principales del matrimonio, no está admitido como único.

En el primitivo pueblo romano fué el matrimonio una fuente de privilegios y un modo de marcar la división de clases. Los patricios se unían por la *confarreatio*, y los plebeyos, privados de la concurrencia de las solemnidades religiosas, ni adquirían la patria potestad como aquéllos, ni fundaban una familia, hasta que por medio de la *coemptio* y después de grandes esfuerzos, consiguieron los apetecidos derechos civiles, que también se originaban del *usus*, modo de adquirir la propiedad de una mujer por el transcurso de cierto tiempo de unión con ella; prescripción que la mujer podía romper demostrando que durante tres noches seguidas había estado fuera de la casa del que por tal medio trataba de ser su dueño.

El *matris munium*, la fase primera de la unión sexual, el principio de la maternidad, como base de la descendencia cierta de hembra en hembra, fué interrumpido y muy luego acabado en el curso de la historia; y el padre romano sacrificó y ofreció su sacrificio ante los mismos dioses que sus ascendientes varones lo habían hecho.

La mujer se vió preterida en estas ceremonias familiares, y puede decirse que en la infancia de Roma quedaron reducidos sus destinos á dar ciudadanos al pueblo naciente, no soñando siquiera con mayor consideración y mucho menos con la obtención de derechos que la fueron reconocidos más tarde.

Sirvió para esto su cualidad de madre, origen de respetos

para aquel pueblo tan digno de memoria, y no encerró el romano á su esposa como lo había hecho el griego, no la sustrajo del trato social, sino que, abandonando á la virtud de la guardada lo que en Atenas se confiaba únicamente á lo impenetrable del *gineceo*, pudo la matrona asistir á los espectáculos públicos, siendo de ellos el principal ornato, y ejerciendo tan terrible dictadura, mandato tan valioso, como el que la dió su derecho de muerte sobre el gladiador *pollice verso*.

La supremacía guerrera de Roma sobre Grecia hizo á ésta dueña de la primera, pues introdujo sus costumbres licenciosas, su elegante desenfreno, y, sobre todo, el lujo, principal elemento de decadencia, pero amable y casi invencible incentivo que hoy mismo arrastra al abismo á muchas naciones.

Grecia encadenó á Roma con sus costumbres; pero la hizo grande y eterna, influyendo sobre la legislación. Aplicada ésta á la familia, el divorcio, objeto de las leyes helénicas, fué origen de tal abuso á orillas del Tíber, que el matrimonio servía para satisfacer el capricho de un día, y la matrona, respetada en el *atrio*, bajó, en virtud de la facilidad de separarse de su amante legal, á la vía pública, buscando al amparo del derecho la patente de meretriz.

¡Qué grande era la obra que debía, por mandato divino, realizar el cristianismo! Llevóla á cabo, y construyó en firme sobre lo poco aprovechable que existía. Reunió dispersos elementos, restableció el imperio de costumbres olvidadas, protegió la creación de la familia, derogando la ley de rigor contenida en los preceptos mosaicos, dignificó á la mujer, hizo iguales á los cónyuges ante el matrimonio, dió el verdadero concepto de la patria potestad, encerró en límites de lógica la del marido, é hizo tanto como se refleja en las actuales legislaciones de todos los países cultos.

El infatigable apóstol San Pablo, aprovechando para su predicación todos los instantes, dedica al matrimonio toda la valía de su palabra y de su pluma, y ya el derecho romano pronuncia la indisolubilidad del vínculo matrimonial, da con ello vigor á

los lazos de familia, y se perpetúa como base de toda legislación posterior si ha de promulgarse en condiciones de viabilidad y eficacia.

Dado por la Iglesia el concepto de grande Sacramento al matrimonio, tiene que luchar durante algunos siglos en que el error alza la frente y combate con denuedo. Simón el Mago, los nicolaitas, Saturnino y otros discípulos del primero, aceptando la comunidad sobre las mujeres, califican el matrimonio de obra de Satanás, así como Marción y Taciano le tachan de fornicación, combatiéndole fuertemente los adamitas, los hidroparastatas, los gnósticos, los valentinianos, Montano y Tertuliano, los maniqueos, los hieracitas y los originistas.

Inútiles fueron las argumentaciones especiosas de todas cuantas sectas heréticas lucharon contra el matrimonio como Sacramento, y los herejes citados, y los eustoquianos, agapetas, apostólicos, pricilianistas, maniqueos, armenios, bongomilios, waldenses, ortibenses, cathanos, patarenos, albigenses y los sectarios de Lutero y Calvino, no lograron otra cosa que robustecer la creencia y hacer que en ella se inspirase, no sólo el derecho canónico, sino el civil de los Estados cristianos.

Las discusiones teológicas acerca de lo que es materia y forma en el Secramento del matrimonio, muy pertinentes en una obra de derecho eclesiástico, están de más en la presente; pero no así las vicisitudes de dicha institución en cuanto ha sido considerada como exclusivamente civil, que merecen siquiera una ligerísima narración para conocer la dificultad y transcendencia del arreglo con la Santa Sede, fundamento de la base tercera y, por lo tanto, del art. 42 del Código.

Ya examinando el matrimonio á través del derecho romano, afirmaron diversos tratadistas la naturaleza de aquella institución, dándola mayor transcendencia que la que los legisladores y jurisconsultos asignan á cualesquiera de los contratos. El matrimonio no es un contrato, porque éstos no pueden recaer sino sobre cosas que están en el comercio de los hombres, y en la institución relativa á la unión de los dos sexos para la creación

de la familia es menester considerar el amor honesto, la afección del marido, el consorcio para toda la vida y comprender el elevadísimo sentido de las palabras *divine et humani juris comunicatio* (1).

Desde este punto de vista no costó gran esfuerzo á la Iglesia católica asumir por la administración del Sacramento matrimonio la facultad de legislar sobre el contrato civil que en él se comprende, establecer requisitos previos, señalar motivos de nulidad y constituir una legislación tan completa, que á ella se acude como fuente de riquísimo y sano caudal.

La discusión conocidísima entre Melchor Cano y Belarmino contiene el pro y el contra, las ventajas prácticas y los inconvenientes experimentados por la Iglesia al no rendirse ante las pretensiones de los regalistas, celosos de reivindicar para la potestad civil funciones propias de ella.

La Iglesia resistió con energía, y en la sesión 24 del Concilio Tridentino, lejos de desposeerse de atribución alguna, condenó con severidad los matrimonios clandestinos, y declaró írritos y nulos los que se verificasen sin las condiciones establecidas, dando facultades á los obispos para que castigasen severamente á párrocos, contrayentes y testigos.

A la Revolución francesa es debida principalmente la instauración en Europa del matrimonio civil. La Constitución de 1791, formuló el principio siguiente: «La ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil.» El Código Napoleónico consagró también el matrimonio civil obligatorio, que, por su conducto, pasó á las legislaciones de Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Mónaco, Italia, Alemania, Suiza, Hungría, Méjico, Chile, Uruguay, Argentina y Brasil. En Inglaterra, Austria, Suecia, Noruega y Dinamarca, ha penetrado el matrimonio civil; pero sólo con carácter facultativo. En los Estados sometidos á la influencia de la iglesia griega (Rusia, Servia, Montenegro, Grecia), el matrimonio sigue siendo un acto necesaria-

(1) Barinetti, *Il diritto di famiglia.*

mente religioso, por más que, no imponiéndose la forma de la religión dominante, es permitido á los disidentes unirse según las solemnidades propias de sus confesiones respectivas. En el Perú (1) rige en toda su pureza la doctrina del derecho canónico, de no admitir otro matrimonio que el celebrado ante la Iglesia Católica.

Por lo que afecta á España, el sistema matrimonial fué exclusivamente el del matrimonio canónico, regido por las disposiciones del Concilio de Trento, hasta la ley provisional de Matrimonio civil de 18 de Junio de 1870, que establecía el matrimonio civil como forma obligatoria para todos los españoles, con independencia y sin perjuicio del matrimonio canónico.

Pío IX, en el Consistorio secreto de 1852, había calificado al matrimonio civil de torpe y perjudicial concubinato, calificación que repitió, dirigiéndose á los párrocos de Roma, su Cardenal Vicario Patrizi en 7 de Febrero de 1871. Con estos precedentes llegó á resolución de la Curia romana un caso extraño ocurrido en Valdepeñas, donde una mujer casada por lo civil con cierto sujeto, solicitó y obtuvo el consentimiento de éste para contraer, como contrajo, matrimonio canónico con otro distinto. El Sumo Pontífice declaró entonces que el llamado matrimonio civil no produce impedimento de pública honestidad (2).

La Iglesia Romana y el Gobierno español, después del estado de cosas creado por la Constitución democrática de 1869 y las leyes que afectaban á la familia, no cesaron de crearse conflictos, enardeciéndose las pasiones en una lucha continua que dividía á algunos pueblos en dos bandos, que agotaban cuantos medios estaban á su alcance de hacerse el mayor daño posible.

Llegaron en alguna parte los párrocos á suspender el sacrificio de la misa al entrar en el templo los que se habían casado civilmente, y hasta negarles en sus últimos momentos los auxi-

(1) Raoul de la Grasserie, *Code civil Péruvien,* pág. 88.
(2) Mansella, *De impedimentis.*—Roma, 1881.

lios espirituales si no se retractaban del matrimonio contraído, cuyos actos calificó el Tribunal Supremo de justiciables como constitutivos de oposición á la observancia de las leyes (1).

Fué la de Matrimonio civil objeto de una resistencia pasiva, pues eran muchos los que casándose ante el párroco como fieles de la Iglesia católica, no formalizaban su unión ante el juez municipal, y esto, que algunos lo hacían por creer que daban con ello un testimonio de su fe, lo ejecutaban otros con completa malicia, amparándose de una Real orden de 7 de Abril de 1872, que declaró que las pensionistas del Estado no perdían su aptitud legal para el cobro de sus haberes por el hecho de contraer exclusivamente matrimonio canónico (2).

Habíase entablado en malas condiciones la lucha entre ambas potestades, y ya el Gobierno fué suavizando las consecuencias de una aplicación rigurosa de la ley de 18 de Junio de 1870, mandando en circular de 20 de Junio de 1874, basada en una consulta de varios jueces municipales, que no se procediese á la celebración del matrimonio civil de personas ligadas con otra por matrimonio canónico anterior.

Esta circular, inserta en la *Gaceta* de 21 de Junio de 1874, se inspiraba seguramente en un espíritu de tolerancia más amplio que la resolución de 17 de Marzo de 1879, dada en Roma para conceder validez al matrimonio canónico celebrado en Valdepeñas por una mujer casada por lo civil con sujeto distinto al que ante la Iglesia se unió á ella.

El decreto de 9 de Febrero de 1875 restableció el matrimonio canónico, reconoció efectos civiles á los contraídos desde 1870, y sólo dejó subsistente el matrimonio civil para los que no pudiesen contraer el católico.

Estableció este decreto la necesidad de la transcripción al Registro civil de las partidas sacramentales que habían de presentar dentro del término de ocho días, bajo pena de multa,

(1) Sentencia de 5 de Enero de 1874, *Gaceta* de 29 de Marzo.
(2) *Colección legislativa*, tomo 108, pág. 427.

regularizando la forma de ser cumplido este deber una detallada instrucción de 19 del mismo mes y año en que se dió el decreto.

A pesar de la multa con que se castigaba el olvido en transcribir una partida, hubo necesidad de ir ampliando los plazos señalados por el decreto del Ministerio Regencia para presentarlas, marcando esta resistencia general y acentuadísima la necesidad de que al acto de la celebración de matrimonio concurra un funcionario en nombre del Estado, sancionando con su asistencia los efectos civiles de la unión que la Iglesia acaba de bendecir.

El decreto de 9 de Febrero de 1875 dió lugar á un curioso litigio entablado con el objeto de solicitar la declaración de herederos abintestato á favor de unos hijos de matrimonio canónico, celebrado después de la ley de 18 de Junio de 1870, y no transcrito al Registro hasta después de la muerte del marido causante de la herencia. La Audiencia de la Coruña declaró á los demandantes herederos abintestato de su padre, y un hermano de éste recurrió contra la sentencia citando como infringida la Constitución del Estado, aduciendo la doctrina de que las leyes hechas en Cortes no pueden ser derogadas por disposiciones del Gobierno, y afirmando que los Tribunales no podían aplicar éstas cuando estaban en contradicción con aquéllas.

El Tribunal Supremo (1) declaró que el decreto de 9 de Febrero de 1875 no podía ser examinado ni juzgado con arreglo a los preceptos consignados en la Constitución y en las leyes orgánicas del país vigentes en épocas normales, sino como una disposición adoptada por el Ministerio Regencia, haciendo uso de las facultades que le había conferido la alta institución que entonces asumía los poderes del Estado, por lo cual no podía negarse al citado decreto el carácter de disposición legislativa, por más que á su formación no hubiesen concurrido las Cortes á la sazón disueltas.

---

(1) Sentencia de 28 de Octubre de 1879, *Gaceta* de 7 de Diciembre.

Este decreto, objeto de ataques violentísimos fué desde luego acogido por los Tribunales para la decisión de los conflictos que creaban en la familia la lucha encarnizada de la Iglesia y el Estado, y no puede desconocerse que tuvo eficacia y produjo saludables efectos, habiendo tenido vida legal hasta la promulgación del presente Código. Los matrimonios exclusivamente canónicos contraídos después de la ley de 18 de Junio de 1870, han surtido todos sus efectos en nuestro país, y el Tribunal Supremo sostuvo (1) la calificación de parricida para condenar al que mató á la mujer con quien se unió ante la Iglesia en 1872, sin transcribir la partida al Registro civil.

Es innegable, después de estos precedentes, la importancia y transcendencia de la fórmula de convenio expuesta en la base tercera y origen del art. 42 del Código civil, significando claramente que ambas potestades, sacrificando en pro del bien común las intenciones y los prejuicios de una política exclusivista, han tomado por lema las palabras de S. S. León XIII, en su notable Encíclica de 10 de Febrero de 1880:

«La inteligencia de los hombres cuando se asocia con la fe cristiana se ennoblece mucho y se hace más fuerte para evitar y repeler los errores, y de la misma manera no es poca la fuerza que la fe toma de la inteligencia; pues asimismo si la autoridad vive en amistad con la potestad eclesiástica, necesario es que de esta unión resulte para ambas gran utilidad. A la una, llevando por delante la religión, se le amplifica su dignidad y se asegura la justicia de su imperio; á la otra las ayudas de tutela y defensa le sirven admirablemente para labrar el bien público.»

«Dirigiéndose el Sacramento del matrimonio á la conservación é incremento de la sociedad humana, es necesario que tenga afinidad y parentesco con las mismas cosas humanas, que son en verdad inherentes al matrimonio, *pero que se rozan con el derecho civil, de las cuales cosas razonablemente conocen y decretan los que presiden la República.*»

---

(1) Sentencia de 10 de Agosto de 1881, *Gaceta* de 18 de Octubre.

Estos son los precedentes del Código civil respecto á la institución más importante que contiene, y no puede desconocerse que sus preceptos, constituyendo la familia sobre bases firmes y permanentes, la alejan del peligro de servir de bandera en las luchas políticas tan frecuentes como enconadas en nuestro país.

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales.

SECCION PRIMERA

DE LAS FORMAS DEL MATRIMONIO

ARTÍCULO 42

La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código.

La prescripción legal contenida en este artículo está en su lugar y es precisa y clara, bastando un mediano criterio para no deducir, como lo han hecho algunos, que la letra impone á cuantos profesan la religión católica el deber de contraer matrimonio.

Dice que deben contraerlo todos; pero se sobreentiende que los que lo hagan se ampararán para lograrlo en el precepto del artículo 75, y según él, en las disposiciones de la Iglesia y del Concilio de Trento, el cual, desde 12 de Julio de 1564, fué considerado como ley del Reino, según la XIII, tít. 1.º del libro 1.º de la Novísima Recopilación. Aislando un texto legal, de aquellos que completan su alcance y su sentido, se hace fácil la crítica ligera, que utiliza como razón el chiste y solicita con mayor empeño la hilaridad que el convencimiento.

Cuantos profesando la religión católica deseen contraer matrimonio, lo contraerán canónico, con arreglo á las disposiciones de la Iglesia y del Santo Concilio Tridentino. No ha lugar á duda ni á que pueda suponerse que obliga el texto á casarse á cuantos sean católicos, si bien es de confesar que no se ha redactado con

la precisión que se observa en el art. 167 del Código civil de la República Argentina, que se expresó en los siguientes términos: «*El matrimonio entre personas católicas debe celebrarse según los cánones y solemnidades prescritas por la Iglesia Católica.*»

La Comisión de Códigos, precisada á atemperarse á lo que se la daba como cimiento de su trabajo, y conociendo lo delicadísimo y transcendental de esta materia, tan discutida entre la Iglesia y el Estado, al encontrarse con una fórmula convenida, huyó del riesgo de que, expresándola con diferentes palabras, buscase la crítica contradicciones entre lo otorgado como resultante del arreglo y el artículo en que se traducía á la práctica, y por ello, sin duda alguna, redactó el texto, sujetándose á los términos de la base 3.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888, de cuyo párrafo 1.º es copia literal el presente artículo.

En la breve reseña histórica que antecede á esta sección se relatan las vicisitudes que ha experimentado la legislación sobre matrimonio, hoy solicitada de un lado por la creencia más generalizada en el país y que constituye su religión oficial; y de otro, por la tolerancia de cultos, amparada en un precepto constitucional.

Católicos y no católicos pueden contraer matrimonio. Los primeros, llenando los requisitos, guardando la forma y observando las solemnidades exigidas por las prescripciones canónicas, muy especialmente por el Concilio de Trento; los segundos, compareciendo ante el Juez municipal de la manera y en las condiciones que marcan los artículos 83 y siguientes.

Ya la Dirección de los Registros en resolución de 19 de Junio de 1880, antes por consiguiente de regir el Código, declaró que en el caso de ser uno de los contrayentes católico y el otro no, podía celebrarse entre ellos matrimonio civil, doctrina que consideramos admisible, aun con arreglo al precepto del art. 42.

Pero para proceder á la celebración del matrimonio civil, ¿bastará que los contrayentes lo soliciten así, deduciéndose de su simple deseo ó manifestación y aun ratificación posterior, que no profesan la religión católica, ó será necesaria una decla-

ración formal de no creer en esa religión? El art. 42 al decir que los católicos *deben* contraer matrimonio canónico, ¿impone una verdadera obligación ineludible, ó muestra sólo como debe proceder un buen católico, imponiendo un deber moral, aconsejando únicamente lo que debe ser? ¿Es válido ó nulo el matrimonio civil contraído por dos personas, que siendo católicas, se han limitado á solicitar esa forma de matrimonio y á contraerlo?

Luchan en nuestra legislación las dos tendencias, y fiel expresión de ellas son, de una parte, la orden de la Dirección de los Registros de 28 de Diciembre de 1900, y la Real orden de 28 de Febrero de 1907, y de otra, la Real orden de 27 de Agosto de 1906.

Dice la primera de las citadas disposiciones: «El art. 42 del Código impone á los que profesan la religión católica *la obligación* de contraer matrimonio canónicamente, ó sea con arreglo á las disposiciones de la Iglesia y del Santo Concilio de Trento, según declara el art. 75 del propio cuerpo legal. Impuesta por el legislador á los que profesan la religión católica y quieran contraer matrimonio, la forma y requisitos establecidos por la legislación canónica, es evidente que los funcionarios del Estado no pueden acceder á las pretensiones de los que solicitan la celebración del matrimonio en la forma meramente civil que ordena el Código, sin que los futuros contrayentes aseguren bajo su palabra que no profesan aquella religión, y que por este motivo no vienen tampoco obligados á observar la forma canónica, á fin de evitar la *responsabilidad* que en caso contrario pudiera exigírseles, autorizando actos de tanta transcendencia, que adoleciesen del vicio de *nulidad*, con estrica sujeción al art. 4.º del Código civil.»

Esta resolución quedó por completo desvirtuada por la Real orden de 27 de Agosto de 1906, en la que se proclama una doctrina radicalmente opuesta, por las consideraciones siguientes: «La orden de 28 de Diciembre de 1900, última disposición dictada sobre la materia, no es de aplicación general, refiriéndose

sólo á un caso especial.» «La disposición del art. 42 del Código no establece un precepto que amengüe en lo más mínimo la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la ley, sino que, rectamente interpretada, constituye la proclamación del debido respeto á la solemne y tradicional ritualidad que más puede satisfacer la conciencia de los que profesan la religión católica, y que, por profesarla, tienen la obligación *de orden moral* de contraer el matrimonio con sujeción á lo preceptuado por la Iglesia.» «La exigencia de expresa declaración que determine la religión que se profesa por los contrayentes, no se halla comprendida ni en los arts. 86 y 89 del citado cuerpo legal, ni en cuantos se refieren á la forma de celebrar el matrimonio meramente civil, ni la falta de ese requisito ha sido considerada como causa de nulidad entre las que determina dicho Código.» «La interpretación en este sentido de la invocada disposición, se armoniza exactamente con las declaraciones que se hicieron al discutirse en el Congreso de los Diputados por los individuos de la Comisión que defendieron el proyecto, se halla conforme con el espíritu que informa la Constitución vigente, y, á mayor abundamiento, se ajusta á la doctrina constante de que no es lícito establecer distinciones donde la ley no distingue.»

Por último, al cambiar las ideas dominantes en el Gobierno, se derogó la Real orden anterior por otra, fecha 28 de Febrero de 1907, en la que prescindiendo ya, aparentemente al menos, del fondo de la cuestión, pero tendiendo ante todo á que desapareciera la interpretación dada al art. 42 del Código, se establece que la interpretación de las leyes corresponde á los Tribunales de Justicia únicamente, constituyendo una extralimitación ministerial la Real orden de 27 de Agosto, que puede ocasionar graves perturbaciones, pues de admitirse tan anómala facultad, quedarían al arbitrio gubernativo los derechos de la familia, y tal vez la firmeza misma del vínculo conyugal.

Doctrina es ésta rigurosamente cierta, pero que deja en pie la cuestión principal. Estudiando imparcialmente el art. 42,

como hombres de ley libres de los prejuicios de sistemas opuestos enlazados con otros órdenes de ideas, creemos más fundada la doctrina de la Real orden de 27 de Agosto de 1906. La ley reconoce una y otra forma de matrimonio, y ni exige á los que contraen matrimonio canónico la declaración de ser católicos, ni á los que acuden al matrimonio civil, la declaración de que no profesan esa religión. Falta á sus deberes de católico, el que pretendiendo serlo, prescinde de las disposiciones de la Iglesia, y huye por cualquier causa de obtener la bendición del Sacerdote, pero cuestión es esta de conciencia, sin que ni los contrayentes, ni sus familias, ni nadie en nombre del Estado ó de la ley, pueda después exigir la nulidad del acto realizado. No es materia de discusión el estado de conciencia de cada individuo, ni consienten los más elementales principios de derecho, que celebrado un matrimonio en cualquiera de las dos formas que reconoce y ampara la ley, pueda anularse el acto y desatarse el vínculo, y destruirse la familia creada, á pretexto de no ser católicos los que se unieron ante la Iglesia, ó de serlo los que enlazaron sus destinos ante un Juez municipal. Y si el acto no ha de estimarse nulo, si el matrimonio debe subsistir, no cabe hablar de obligación jurídica exigible, ni de responsabilidad de los funcionarios que intervengan en la celebración, ni hay base para exigir una declaración en forma que en ningún artículo del Código civil tiene serio fundamento. Debe presumirse desde luego que es católico el que se casa canónicamente, y que no lo es el que solicita la celebración del mero matrimonio civil.

Téngase en cuenta, por último, la Real orden de 28 de Junio de 1913, resolviendo que para que pueda celebrarse el matrimonio civil basta la declaración de los contrayentes ó de uno de ellos, de no profesar la religión católica, y que el Juez que, ello no obstante, se niega á autorizarlo á pretexto de no haber demostrado los interesados hallarse separados de ella, ni reconocido alguna otra religión, incurre en responsabilidad.

SECCION SEGUNDA

DISPOSICIONES COMUNES Á LAS DOS FORMAS DE MATRIMONIO

ARTÍCULO 43

Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento.

ARTÍCULO 44

Si la promesa se hubiere hecho en documento público ó privado por un mayor de edad, ó por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, ó si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusare casarse, sin justa causa, estará obligado á resarcir á la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido.

La acción para pedir el resarcimiento de gastos, á que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa á la celebración del matrimonio.

El primero de estos artículos y el 47 del proyecto de Código de 1851, que, según la base primera, es fundamento sustancial del presente, concuerdan casi literalmente, encerrando en esencia la misma prescripción que el art. 3.º de la ley de 18 de Junio de 1870, si bien éste no contenía declaración alguna sobre el resarcimiento de gastos.

Los esponsales, no admitidos hoy sino en rarísimos Códigos, se conocieron en el Derecho romano (*Cód., lib. 5.º, tít. 3.º*); fueron admitidos por los Cánones *(Decretales, De Sponsalibus)*; pasaron al Fuero Juzgo, al Fuero Real y á las Partidas; fundamentaron una legislación nutridísima; motivaron guerras, litigios y discusiones, y después de una existencia tan brillante,

desaparecieron del derecho. No es el Código civil el primer cuerpo de leyes que borra con precepto terminante la eficacia de los esponsales. Ya la ley 18, tít. 2.º, libro 10 de las recopiladas vedaba el admitir demandas sobre cumplimiento de promesas de casamiento, á no estar otorgadas por personas hábiles para contraer por sí mismos, constando la estipulación en escritura pública.

Es innegable que los esponsales coartaban el libre consentimiento en el matrimonio, creaban una situación de fuerza y daban al hábil seductor los medios de mejorar de fortuna. Basta para hacer el proceso de la institución examinar la legislación que sucesivamente ha merecido. En Cataluña dió Don Jaime I valor y eficacia á los esponsales en 1218, estableciendo que el que faltare á la palabra de casamiento cayese en cierta pena; Don Fernando I, en las Cortes de Barcelona en 1413, prohibió los esponsales secretos, estableciendo reglas, y en 1537 Don Carlos, en las terceras Cortes de Monzón, confirmó el texto, aclarando sus conceptos. Viéronse patentes en el Principado las consecuencias de los esponsales, cuya eficacia fué combatida hasta el punto de que en las causas referentes á ellos seguidas en la curia eclesiástica del obispado de Cataluña, la apelación interpuesta no tenía éxito contra el fallo favorable á la libertad.

Entre los romanos, aunque los esponsales no producían obligación exigible en derecho, si uno de los prometidos había ofrecido arras, las perdía, mediante su negativa á contraer matrimonio, en beneficio del que persistía en cumplir su promesa, (Leyes 3.ª, 5.ª y 6.ª, tít. 1.º, lib. 5.º, Cód.)

Las legislaciones alemanas (Baviera, Wurtemberg, Sajonia, etcétera), y el derecho común alemán admitieron la teoría del derecho canónico, según la cual los *sponsalia per verba de futuro* se transforman en matrimonio por superveniencia de cópula carnal; pero estas legislaciones han sido abrogadas por el Código imperial, que ha rechazado en absoluto la teoría de los *Brautkinder;* y en Inglaterra, que, como en Dinamarca, se dió á los

esponsales, en algún caso, carácter de verdadero matrimonio, hoy no tienen fuerza ni aun para apremiar á él. (26 Georg. II.)

En Suecia, donde el desposado que llegaba á tener sucesión se hallaba en la obligación ineludible de casarse, ha disminuído notablemente el rigor con que en análogas cuestiones se procedía.

En Costa Rica el Código expresa su precepto de esta manera lacónica y terminante: «Los esponsales no producen efecto alguno civil.» Méjico los rechaza en términos análogos. En el Uruguay y Guatemala se consideran como un hecho privado que el legislador somete al honor y conciencia del individuo, cuya promesa no se puede alegar, ni para pedir que se efectúe el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios.

Y en el Código chileno tienen los esponsales la transcendencia única de constituir una circunstancia agravante del delito de seducción.

No viene, pues, el Codigo civil de una manera caprichosa á establecer novedades, ya que puede justificar sus disposiciones con tan valiosos precedentes, y por otra parte, tampoco olvida ni desampara los derechos de la persona que, dispuesta á casarse, sufre el desaire de su prometido ó prometida después de las proclamas ó antes de éstas si medió documento público ó privado.

Según el artículo 44, siempre que se entable en el término de un año la acción solicitando el resarcimiento de gastos, estos serán reembolsados. Transcurrido el año, á contar desde el día en que la parte contraria se hubiere negado á la celebración del matrimonio, cuyo hecho será necesario justificar, queda prescrita la acción, y se pierde el derecho para pedir dicho resarcimiento.

La ley de Matrimonio civil no dió valor respecto á esponsales, ni á la principal obligación contraída en ellos, ni á las cláusulas penales que fuesen establecidas, ni á cualesquiera otras que se estipulasen.

El Código civil sigue la doctrina del italiano en su art. 54,

señalando igual precepto, reconociendo la misma acción al que mantiene su palabra y concediéndole el mismo término para ejercitarla.

El Código alemán, en su art. 1297, excluye netamente toda acción encaminada á obtener la celebración del matrimonio. Después, en el 1298, reconoce en el culpable de ruptura inmotivada, la obligación de indemnizar al otro prometido, á sus padres ó á los que hayan obrado en su lugar, de los gastos hechos y obligaciones contraídas en previsión del matrimonio. Además debe el culpable indemnización de los perjuicios causados al prometido por las medidas tomadas con relación á su fortuna ó á su posición lucrativa, como lo serían, por ejemplo, la renuncia que una mujer hubiera hecho de su colocación en vista del matrimonio proyectado.

Los comentaristas del Código alemán ven en estas disposiciones no sólo el reconocimiento de la doctrina del *damnum emergens*, sino además, un elemento de *lucrum cessans*, más ó menos circunscrito en sus aplicaciones. En nuestro Código no es posible extender los efectos del artículo á la indemnización de perjuicios, pues lo que ha de recibir el prometido desairado no tiene otro concepto que el de reembolso de lo invertido en lo que era preciso para que el matrimonio se realizase, en los derechos pagados por la documentación que fué necesaria, en el mueblaje que se compró para la casa conyugal, en las ropas que fueron encargadas, en lo que costaron las actuaciones indispensables, en los regalos de boda, y en todos los demás gastos hechos por razón del matrimonio prometido y no realizado. La ley no habla de perjuicios, ni por lo tanto otorga al que los sufrió el derecho de pedir su indemnización.

Entre los motivos de su articulado, expuso la ley de Matrimonio civil, que cuando la obligación principal no es válida, tampoco pueden serlo las accesorias que de ella dependan. Invocando este principio puede deducirse que no prosperaría una demanda sobre indemnización; pero no deja, sin embargo, de extrañar que al que otorgó una obligación ineficaz, por precepto

terminante de la ley se le den medios de resarcirse de los gastos y se le nieguen para indemnizarse de los perjuicios. ¿No dimanan gastos y perjuicios de una misma causa? ¿Por qué ha de ser eficaz como fundamento de una acción en que se pidan los primeros y no los segundos?

El Código civil ha tenido presente la posibilidad de producirse, con motivo de la indemnización de perjuicios, litigios escandalosos, en cuyos escritos, y muy particularmente en cuyos períodos de prueba, saldrían á luz interioridades del hogar, que el legislador es el primero llamado á ocultar, amparándose en el interés social. Por esto ha hecho bien en no permitirlo.

Habla el art. 43 solo de esponsales de futuro, porque los esponsales de presente se confunden con el matrimonio mismo.

Por último, téngase presente que la acción para el resarcimiento de gastos procede no sólo en el caso de haber mediado esponsales, sino también en el de haberse publicado las proclamas para el matrimonio, porque revelan una mutua promesa ó compromiso, y que, tanto en uno como en otro caso, la acción no procede cuando media una justa causa que, ó impide la unión, ó motiva la negativa de cumplir el compromiso contraído. Es justa causa el conocimiento de ciertos hechos antes ignorados, relativos á la conducta ó estado de salud del otro promitente, la existencia de impedimentos para contraer matrimonio, la pérdida de la fortuna ó de los recursos con que se podía contar, etc.

Por lo que afecta á los esponsales en derecho canónico hay que tener en cuenta la reforma de que luego hablaremos, introducida por el Decreto *Ne temere* de 1909, según el cual no producen efecto alguno los esponsales sino cuando se celebran por escrito, interviniendo el ordinario, el párroco ó dos testigos.

ARTÍCULO 45

Está prohibido el matrimonio:

1.º Al menor de edad que no haya obtenido la licencia, y al mayor que no haya solicitado el consejo de

las personas á quienes corresponde otorgar una y otro en los casos determinados por la ley.

2.º A la viuda durante los trescientos un días siguientes á la muerte de su marido, ó antes de su alumbramiento si hubiese quedado encinta, y á la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, á contar desde su separación legal.

3.º Al tutor y sus descendientes con las personas que tenga ó haya tenido en guarda hasta que, fenecida la tutela, se aprueben las cuentas de su cargo; salvo el caso de que el padre de la persona sujeta á tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento ó escritura pública.

En tres razones distintas de prohibición se halla inspirado el presente artículo: la de evitar que el fuego de las pasiones, tan vivo en la juventud, falta de la reflexión necesaria para dominar un deseo vehemente y acaso caprichoso, pueda ser margen de uniones desventuradas; la de matar en su origen conflictos gravísimos en las familias, haciendo legalmente imposible la confusión de prole; y la de asegurar la fortuna de los que tienen la desgracia inmensa de quedar huérfanos en edad temprana. De cada uno de estos tres motivos es conveniente hablar por separado.

Menor de edad.—Respecto al primero, bien puede asegurarse que no hay ni ha habido pueblo civilizado que no lo haya tenido en cuenta al redactar sus códigos. Así, en Roma, el consentimiento paterno en asunto matrimonial era de tal naturaleza necesario, que el casamiento contraído sin consentimiento era nulo y de ningún valor ni efecto. Debe tenerse en cuenta que era este rigor excesivo precisa consecuencia de los exagerados derechos de la patria potestad en aquel pueblo. Atendiendo á ella, solamente el hijo emancipado podía prescindir del consentimiento. Esta severidad y dureza del precepto fué modificándose, rindiéndose el legislador ante la influencia de los principios filosóficos, que iban haciéndose camino.

La Iglesia, que durante mucho tiempo ajustó sus prescripciones en lo relativo á esta materia á la legislación romana, empezó en el siglo XII á publicar las colecciones de su nuevo derecho, y estableció que los matrimonios faltos del expresado requisito fuesen válidos, aunque ilícitos; reforma que confirmaron los Padres del Concilio Tridentino (Ses. 24, de *Reform. matrim.*, capítulo 1.º), protestando que la Iglesia siempre los había detestado y prohibido.

Nuestra legislación común y foral acogió la doctrina del consentimiento, cuyo imperio ha sido regulado en todos nuestros Códigos. Como exposición de doctrina, es digno de especial mención, por lo categórico de sus prescripciones, el Fuero Viejo, que en su ley 1.ª del tít. 5.º, libro 5.º dice, que si alguna manceba, sin la voluntad de sus parientes próximos, «casare con algun home, é se ajuntare con él por cualquier ajuntamiento, pesando á aquéllos, sea enajenada de todo heredamiento»; el Fuero Real, que en la ley 5.ª, tít. 1.º, libro 3.º establece que «si la manceba en cabello casare sin consentimiento de su padre é de su madre, no parta con sus hermanos en la buena del padre ni de la madre», y el Código de Partidas, que en la 4.ª, tít. 3.º, dice en su ley 1.ª que «es matrimonio encubierto cuando no demanda la novia á su padre ó á su madre ó á los otros parientes que la han en guarda»; y en la 5.ª, que «el matrimonio se haga á paladinas é con sabiduría del padre é de la madre de aquella con quien quisier casar si los hobiere; si non, de los otros parientes más cercanos».

Es de notar la particularidad de que las citadas disposiciones se refieren especialmente al matrimonio de las hembras, lo cual induce á creer que ya en estos Códigos, no obstante los precedentes romanos, se consideró que la razón principal del consentimiento de los padres no es otra que la conveniencia, como dice el Sr. Goyena, de no abandonar á los hijos á sí mismos en la primera edad de las pasiones, «para dar un paso resbaladizo sobre una alfombra de flores, que encubre muchas veces un abismo de miserias». Siendo más apa-

sionada la mujer que el hombre, y más impresionable y menos reflexiva, se halla necesariamente y con mayor frecuencia expuesta á que se haga germinar en su sér un sentimiento cariñoso que, apoderándose de todo él, sea causa de que se deje arrastrar ciegamente por sus risueñas ilusiones, y después de un sueño de ventura, despierte en la realidad de la desgracia. Por ello, en la cuestión de matrimonio, la ley tenía que protegerla más que al hombre, y por ello los mencionados códigos hablan de la mujer determinadamente.

Habiendo, pues, llegado á existir entre ellos y las disposiciones de la Iglesia una conformidad casi absoluta, no se comprende, á no ser que se le atribuya una mira política exclusiva, la pragmática de 23 de Marzo de 1776 (libro 10, tít. 2.º, ley 9.ª de la Novísima), que, con objeto de que pudieran celebrarse ciertos matrimonios desiguales, inspirados tal vez en las miran indicadas, estableció un recurso para algunos de los casos es que el consentimiento se negara por los padres.

Minada así ya, y con más inconvenientes que ventajas, en asunto de tanta transcendencia, la autoridad paterna, era natural que el legislador se ocupara nuevamente de estos recursos concedidos á los hijos contra lo que recibió el nombre malsonante de *irracional disenso* de los padres, y en 1803 fué publicada otra pragmática que reformó la anterior en este y otros puntos importantes. En esta pragmática, además de una variación en la forma de sustanciar el recurso por negativa del consentimiento, aparece por primera vez establecida cierta gradación en la edad del solicitante según las personas encargadas de prestarle: gradación que ha dado motivo á largas controversias entre los tratadistas, y que por ser de sobra conocida resultaría inútil reproducir aquí, y se suprimió la petición del consejo paterno, que, según la disposición de 1776, debieran hacer los hijos mayores de veinticinco años para colocarse en estado de matrimonio.

Sin más modificaciones posteriores que la introducida por el Real decreto de 30 de Agosto de 1836, que volviendo á poner

en vigor el de las Cortes de 14 de Abril de 1813, encomendó á la Autoridad administrativa el conocimiento de los recursos referidos, siendo ya imperiosa la exigencia de la opinión que reclamaba reformas nuevas que pusieran fin á las deplorables disensiones de familia, producidas por las protestas contra la voluntad del padre, con sensible frecuencia repetidas, se publicó la ley de 20 de Junio de 1862, que restableció la obligación por la pragmática de 1776 impuesta á los hijos, de solicitar el consejo paterno, en el caso de no serles ya el consentimiento necesario; rebajó á la de veintitrés años para los varones y á la de veinte para las hembras la edad hasta la cual, sin éste, no podían contraer los hijos de familia matrimonio, y derogando las leyes anteriores contrarias á sus disposiciones, hizo imposible toda protesta contra la resolución del padre, no concediendo recurso alguno contra ella.

Como el objeto de las anteriores citas no es otro que el de recordar cuál era y por qué el estado de la legislación vigente en la materia al tiempo de redactarse el Código, huelgan en este lugar, seguramente, las consideraciones filosóficas á que dan margen las disposiciones referidas; pero un mediano juicio es suficiente para comprender que las lecciones de la experiencia han presidido á la formación del artículo origen del comentario.

Es, pues, plausible que en él se señale una edad fija, la mayor (hoy veintitrés años) para los individuos del uno y para los del otro sexo, antes de la que el consentimiento sea indispensable, porque no habiendo una sólida razón para la diferencia que antes existía, simplificar la ley y uniformarla es conveniente siempre y produce beneficiosos resultados.

Se asemejan al Código español en hacer coincidir la mayor edad matrimonial con la mayor edad ordinaria las legislaciones de Suiza (veinte años), Inglaterra y Alemania (veintiún años), Países Bajos (veintitrés años), Austria (veinticuatro años), etc. En Francia é Italia, por el contrario, mientras la hija sólo necesita el consentimiento hasta los veintiún años, los hijos,

por reminiscencias del Derecho romano, tienen que obtenerlo hasta la edad de veinticinco.

Problema difícil en nuestra patria es la determinación de la mayoría de edad matrimonial en las legislaciones forales. Algunos suponen que es en ellas aplicable, en concepto de Derecho foral, el vigente á la promulgación del Código civil, que era la ley de Disenso paterno de 1862. Otros, con más razón, opinan que el art. 45, por estar en el título IV del libro 1.°, es de aplicación en toda España, y ha venido á sustituir á la ley de Disenso paterno. Pero, aun siendo así, ¿se refiere el Código al decir mayores de edad á los que lo son conforme al Código ó á los que lo sean según su respectiva legislación? La primera hipótesis es favorable á la unidad legislativa en España; pero la segunda lo es á la uniformidad de edades en cada legislación foral, haciendo coincidir la libertad para el matrimonio con la independencia para el ejercicio de los demás derechos.

En Aragón, las curias eclesiásticas, inspiradas en una obra del Vicario general Sr. Pellicer, siguen la práctica de exigir la licencia familiar sólo hasta la edad foral de veinte años.

Obliga el Código á los hijos mayores de edad á solicitar el consejo de su padre, ó, en defecto de éste, el de su madre, para realizar el acto más transcendental y delicado de la vida, y á fin de hacer más estrechos y consistentes los tiernos lazos de la familia.

La duda es si la institución del consejo paterno, insustituíble en la esfera de la moral, produce ventajas serias en la del Derecho, donde, á cambio de un mero efecto suspensivo, añade nuevos trámites al matrimonio, y es fuente de desarmonías en las familias.

En los pocos Estados (Francia, Bélgica, Holanda, Rumanía), en que todavía subsiste la exigencia legal del consejo paterno, se observa tendencia á suprimirla, como lo demuestran la ley francesa de 1907 y el segundo proyecto del Código belga.

En nuestra patria lo rechaza el Sr. Comas en su obra *La revisión del Código civil.*

Como complemento del párrafo 1.º que estamos comentando, véanse los artículos 46 y 47, en los cuales se determinan las personas á quienes corresponde en cada caso otorgar la licencia ó el consejo para el matrimonio.

Viuda.—En cuanto á la segunda razón de prohibición contenida en el artículo, ó sea á la que tiene por objeto evitar la confusión de prole, también puede decirse que, á excepción de la Novísima Recopilación, los Códigos de todos los pueblos cultos la han comprendido entre sus prescripciones.

Teniendo en cuenta que para la tranquilidad y buen orden de las familias, para precisar debidamente los derechos del nacido, para no menoscabar otros, y aun para hacer imposibles en muchas ocasiones dudas ofensivas á la honra de los esposos, es indispensable determinar exactamente, en el caso de unas nuevas nupcias, á quién debe atribuirse la paternidad del hijo, se comprende que esta materia sea de una importancia suma y que, desde muy antiguo, los legisladores hayan hecho sobre ella un especial estudio.

La legislación canónica, viendo la cuestión bajo aspecto distinto que la civil, si bien siempre miró con disgusto los segundos y ulteriores matrimonios, pues que los que se casaban nuevamente se apartaban cada vez más del estado de la virginidad que, según el apóstol San Pablo, era el más perfecto; considerando que la moral estricta aconsejaba favorecerlos antes que dar margen á relaciones y uniones escandalosas, se inclinó pronto á la lenidad, y por las Decretales suprimió la nota de infamia en que antes caía la viuda que se casaba y la dejó en libertad de contraer á su arbitrio un nuevo casamiento, sin incurrir por ello en pena alguna.

Pero la legislación civil, aceptando la romana (ley 2.ª, título 9.º, libro 5.º, del Cód.), que, inspirándose en un principio altamente previsor, prohibía á la viuda casarse dentro del año de su luto, bajo la pena, entre otras, de incurrir en infamia y perder cuanto el marido la había dejado en testamento, sostuvo la prohibición, exceptuando el Fuero viejo á la mujer que por

rescripto del Principe se casase antes del año del fallecimiento de su marido; pero mandando que la que no lograse este permiso diese la mitad de lo suyo á los hijos de su primer matrimonio, regulando el Fuero Real la forma de adquirir éstos, ó en su defecto los parientes más próximos, lo que la viuda perdía al contraer segundas nupcias.

Las leyes de Partidas aceptaron tales prescripciones, diciendo la 3.ª del tít. 6.º de la Partida 7.ª: *Si la mujer se casare por palabras de presente antes que se cumpliese el año en que muriera su marido, es enfamada por derecho.* Y así razonaba el Rey Sabio: «Et moviéronse los sabios antiguos á vedar á la mujer que non casase en este tiempo después de la muerte de su marido, por dos razones. La primera es, porque sean los homes ciertos que el fijo que nasce de ella es del primer marido. La segunda es, porque non puedan sospechar contra ella porque casa tan aina, que fué en culpa de *la muerte de aquel con quien era ante casada.*»

No es, pues, una novedad en nuestro derecho la doctrina en que se fundamentan las anteriores disposiciones, y el año de duelo que por motivos de moral y por precepto de la ley era estrictamente observado en nuestro país, tiene hoy, además del artículo objeto del comentario, la sanción del Codigo penal, que castiga con arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas á la viuda que contraiga matrimonio antes de los trescientos un días posteriores á la declaración de nulidad de aquél ó á la muerte de su marido. Este castigo ha sido ya aplicado por los Tribunales, declarando el Supremo que ni el cónyuge de la viuda ni el párroco ministro del Sacramento se hallan comprendidos en las disposiciones del art. 490 del Código penal (1).

En la actualidad parece, según el cuidado con que se atiende á que sea una verdad la prohibición de la ley, que preocupa, más que la perturbación moral, la que en el terreno del derecho pudiera originarse en perjuicio de los hijos.

---

(1) Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 6 de Julio de 1876.

Es de advertir que el año de luto de que hablan las leyes era de diez meses, según Cicerón y Séneca, citados por Escriche en su *Diccionario*, y esto denota y viene en apoyo de lo que venimos diciendo: que ha influido más para la expresión del precepto el evitar *turbationem sanguinis... generationis aut seminis incertitudinem* (1), que el que la mujer guarde la consideración y reverencia debidas á la memoria de su difunto cónyuge.

No se comprende, por tanto, fácilmente que sin un motivo poderoso, como pudo ser la necesidad de fomentar la población, rompiese el legislador una costumbre tan arraigada y firme, dictando las disposiciones en contrario, contenidas en la ley 4.ª, título 2.°, libro 10 de la Novísima Recopilación. «Mandamos, dice esta ley, que las mujeres viudas puedan libremente casar dentro del año en que sus maridos murieren, con quien quisieren, sin alguna pena y sin alguna infamia, revocando las leyes que lo prohibían.»

Esta ley, atribuída á Don Enrique III, año 1400, aunque sobre este punto no están de acuerdo los historiadores, no tenía razón de ser cuando se incluyó en la Novísima Recopilación, y sólo se explica que lo fuera por la tendencia de la época de ajustar en todo lo posible la legislación civil á la canónica; pero las repetidas controversias y los minuciosos cálculos de parte de jurisconsultos y de médicos á que dió margen la reforma, hablan muy elocuentemente en contra de ella y en pro de la prohibición que antes se hallaba establecida.

Los unos y los otros se esforzaron por precisar la capital cuestión de la paternidad en los frecuentes casos de duda que podían ofrecerse. Acontecía, por ejemplo, que una viuda se casaba al mes de su viudez, y que daba á luz á los siete, á los ocho y aun á los nueve meses después de la muerte de su primer marido. ¿A cuál de los dos, á éste ó al segundo, debía tenerse por padre del recién nacido? De cualquiera de ellos podía, según los fisiólogos, ser hijo, pues sin tardanza y sin precocidad exagera-

(1) L. 11, tít. 2.°, lib. 3.°, Digesto, De his qui not. infamia.

da puede en la mujer finalizar el embarazo tanto á los nueve como á los siete meses.

De aquí que los tratadistas imaginasen sistemas distintos y arbitrarios para resolver dificultades semejantes. Opinaban algunos, con Zachías, que en ellas debía recurrirse al parecido y atribuir el hijo á aquel de los maridos con quien en lo moral ó en lo físico mayor semejanza presentase, atendiendo al mismo tiempo á si el primer marido era achacoso, enfermo, viejo é débil, á si su mujer le amaba y á otros análogos detalles, de los que á lo más nacerían presunciones, que seguramente en muy contados casos podrían conducir á la certeza. No faltaba quien pretendiese que, dada la incertidumbre, no debía el recién nacido pertenecer ni al segundo ni al primer marido, y que, por tanto, no debía suceder á ninguno en sus derechos; y no faltaba tampoco quien, por el contrario, sostuviese que el hijo debía pertenecer á los dos maridos y suceder á ambos, ni quien creyera que debía concederse al hijo la facultad de elegir, al llegar á la edad de la razón, padre entre los dos maridos de su madre.

Los inconvenientes gravísimos que de tales opiniones eran precisa consecuencia, dieron origen á una nueva disposición legal, encaminada á evitar en lo sucesivo dudas é incertidumbres; la del art. 400 del Código penal reformado de 1850, en el que se señalaron ciertas penas para la viuda que se casare antes de los trescientos un días desde la muerte de su marido, ó antes de su alumbramiento, si hubiere quedado encinta, y para la mujer cuyo matrimonio hubiere sido declarado nulo y contrajere nuevo enlace antes de dar á luz, si estuviese embarazada, ó de cumplirse dicho término, á contar desde el día de su separación legal.

Vuelta á establecer ya la prohibición, se consignó oportunamente más tarde en el art. 5.º de la ley del Matrimonio civil y en el 490 del Código penal de 1870, y ahora en el del civil objeto del comentario, si bien suprimiendo las palabras relativas á la dispensa con que terminaba aquél, supresión explicable por las razones que se expondrán al hacer el estudio del art. 85.

Lo dicho es suficiente para comprender sobre qué antecedentes y sobre qué principios ha fundado el Código su precepto. Resta únicamente dilucidar si ha estado parco ó pródigo al fijar el plazo que ha adoptado.

Objeto de gran discusión entre los fisiólogos ha sido en todos tiempos lo concerniente á nacimientos tardíos, y sobre ello han estado sumamente divididos, pudiéndose sustentar el pro ó el contra, apoyándose en la autorizada opinión de justas celebridades médicas: Aristóteles, Mauriseau, Dulignac y Orfila, entre otros muchos, creen en la posibilidad de estos nacimientos, y, entre otros muchos también, Hipócrates, Zachías, Bartolín, Devergie y Mata niegan esa posibilidad en absoluto.

Lo cierto es que, á pesar de ser muchos, al parecer, los casos que se citan por los partidarios de ella y de haberse admitido por la Facultad de Leipzig embarazos de dos años, comparados con la regla general son una excepción singularísima, y bien puede afirmarse que siendo, según la ciencia fisiológica, el término constante y común de la preñez en las mujeres el de nueve meses y unos días, la ley ha procedido de acuerdo completo con la ciencia al permitir á la viuda contraer libremente un nuevo matrimonio cuando hayan transcurrido más de trescientos un días desde la muerte de su anterior marido, puesto que, á no darse el caso de una excepción muy rara, no es de temer ya, con la rigurosa observancia de ese plazo, la confusión de prole.

Basta, según algunos Códigos, el portugués, por ejemplo, que la viuda que trata de contraer segundo ó posterior matrimonio, declare si ha quedado ó no encinta del anterior, y esta manifestación, cuya omisión se castiga, no evita los conflictos á que cierra el paso la prescripción de nuestro Código.

En Francia, los arts. 228 y 296 de su Código civil vedan á la mujer contraer segundo matrimonio antes de transcurrir diez meses posteriores á la disolución del primero, castigando el artículo 194 del Código al oficial de lo civil que intervenga en la inscripción con una multa de 300 francos, pena que sufrirá aun

cuando nadie hubiese entablado acción de nulidad. En España, el castigo que determina el art. 490 del Código penal es personalísimo para la viuda, según la sentencia del Tribunal Supremo que queda citada; pero el juez municipal autorizante del matrimonio sufrirá la pena de suspensión en sus grados medio y máximo y multa de 250 á 2.500 pesetas, con arreglo al art. 498 del mismo Código penal.

Se ha suscitado la duda de si la prohibición de que tratamos será también aplicable en los casos en que, por la edad excesiva de la mujer, no pueda cumplirse el fin de dicho precepto del Código, que responde á la presunción de la legitimidad del hijo que pudiera nacer, establecida en el art. 108 del mismo Código; se dijo que si por el alumbramiento se declara libre á la viuda para casarse sin fijación de tiempo, debe entenderse igualmente libre á la viuda que no puede concebir por razón de la ancianidad; pero el Tribunal Supremo ha negado esta doctrina (Sentencia de 23 de Octubre de 1907) alegando que dentro del derecho positivo sería sucesivamente incierta la regla de criterio para aplicar la disposición legal á una ú otra edad en que la viuda se encontrase, y que, además, no puede invocarse principio alguno en que apoyar una circunstancia no comprendida en el texto de la ley.

Tutor.—La tercera razón de prohibición, la encaminada á garantir la fortuna de los huérfanos, es de índole meramente civil, y aunque la Iglesia no la ha tenido en cuenta de una manera especial al establecer impedimentos para la celebración del matrimonio, puede suponerse que la aprueba.

Debatida la cuestión de á qué potestad correspondía la facultad de fijar las reglas á que habían de ajustarse los matrimonios de los cristianos, el Concilio de Trento declaró como punto dogmático que á la de la Iglesia incumbía establecerlas; pero como el matrimonio además de sacramento es un contrato, y sobre los contratos la autoridad secular ha legislado siempre en todos los pueblos cultos, y lo que es aun más, como la Iglesia, animada constantemente por un espíritu conciliador y de concordia, no

ha negado jamás á los Príncipes el derecho de intervenir por su parte en asunto de tanta transcendencia poniendo trabas á la realización de determinados casamientos que podrían resultar funestos para las familias, y como consecuencia de ello, para el Estado, huyendo del conflicto que resultaría, de que al legislar dos supremas autoridades sobre el mismo punto, fuese nulo para una lo que para la otra válido; en los países católicos la Iglesia se ha reservado la facultad de establecer los impedimentos, reconociendo al poder secular la de oponerse á ciertas uniones sin afectar al vínculo.

Por esto, según el Sr. Golmayo, la Iglesia acepta y pone en ejecución las prescripciones del derecho civil, cuando no están en contradicción con el canónico; así sucede, dice dicho señor, que escribía en el año 1859, respecto de las leyes de España, que prohiben, bajo severas penas temporales, los matrimonios de los hijos de familia sin el consentimiento paterno, y los de ciertas personas sin preceder la correspondiente real licencia.

Claro está que, con arreglo á esta doctrina, si en el orden civil la prohibición tuviera fuerza para anular el matrimonio á pesar de ella contraído y no la tuviese en el canónico, quedaría subsistente y válido dicho matrimonio y no podría sostenerse que la Iglesia aceptaba tal impedimento; pero en el caso que da origen á este comentario no puede caber la duda, porque la prohibición no afecta al vínculo, que será siempre válido según las disposiciones del párrafo primero del art. 50 de este Código.

De todo ello puede lógicamente deducirse que es una de las aceptadas por la Iglesia, de entre las que la autoridad secular ha establecido en materia de matrimonio, en uso de sus indiscutibles atribuciones. Sin embargo, como nada sobre este punto se halla resuelto terminantemente, bien podría sostenerse por algunos que la Iglesia sancionaría sin dificultad ni trabas el casamiento de un tutor, antes de verificarse la aprobación de cuentas, con la que haya sido su pupila.

Si esta teoría se admitiese, llegaría á resultar que personas unidas en matrimonio al amparo del Código, que no sólo reco-

noce fuerza absoluta legal al matrimonio canónico, sino que le declara obligatorio para los que profesan la religión católica, por haberle contraído conforme á la ley eclesiástica, fuesen culpables ante la civil; y esto, que no sería justo en modo alguno, es una razón más para suponer, según queda ya dicho, que la Iglesia, aunque considere que han sido algún tanto mermadas sus atribuciones por el Código, prefiriendo tolerarlo á que por sostenerlas en toda su integridad se origine el mal expuesto, reconoce el impedimento nacido de la tutela.

A pesar de que por las leyes 36 y 66, tít. 2.º, lib. 23 del Dig., y 6.ª, tít. 6.º, lib. 5.º del Código, se hallaba en Roma establecida esta prohibición, no aparece en nuestro derecho disposición alguna referente á ella hasta el Código penal de 1848, que en su art. 392 estableció penalidad para el tutor ó curador que antes de la aprobación legal de sus cuentas contrajere matrimonio ó prestare su consentimiento para que lo contrajesen sus hijos ó descendientes con la persona que tuviere ó hubiere tenido en guarda; disposición reproducida en los códigos posteriores y que hoy constituye el art. 492 del vigente.

La legislación civil concedió también ya puesto á esta prohibición en los casos noveno y décimo del art. 6.º de la ley de Matrimonio civil, pero limitándose al tutor y á sus descendientes, y desde dicho artículo ha pasado al nuevo Código.

Suprimida por él la antigua curaduría y prolongadas las funciones de los tutores hasta la época de la emancipación legal de los menores, ha venido á desaparecer la contradicción que en la materia existía entre la ley penal y la civil, al referirse la primera á las dos especies de guarda que para los huérfanos se hallaban establecidas, y la segunda á una de ellas solamente, y resultando, por tanto, que mientras por la una no podía el curador contraer ni autorizar determinados matrimonios, por la otra se encontraba en libertad de hacerlo, puesto que en manera alguna se lo prohibía.

El actual precepto ha hecho, pues, útil la garantía que la ley buscaba, porque lo cierto es que anteriormente, terminando la

tutela al alcanzar la menor la pubertad y con ella una condición sin la cual su matrimonio no era posible dentro de las prescripciones legales, acababa la prohibición precisamente cuando empezaba el verdadero riesgo para la pupila. Hoy, por el motivo antes expuesto, se halla ésta defendida en la época en que el peligro existe, y bajo tal concepto es la disposición del Código plausible, puesto que ha venido á llenar el importantísimo vacío que se observaba. Bajo la denominación de *tutor*, comprende también al curador que hubiere sido nombrado antes de regir el Código.

El artículo del Código, lo mismo que el equivalente de la tantas veces citada ley de 1870, termina estableciendo una excepción al impedimento que contiene: la del caso en que el padre de la persona sujeta á tutela hubiese en testamento ó escritura pública autorizado su matrimonio con el tutor ó sus descendientes en los respectivos casos. La excepción es lógica y no precisa comentarios. Nos limitaremos, por tanto, á indicar que, aunque sólo se hace mención del padre, creemos extensiva la misma facultad á la madre cuando, ejerciendo la patria potestad, hubiere hecho el nombramiento de tutor, pues existe la misma razón. Y lo mismo entendemos respecto del extraño que, en el caso del art. 207, hubiese hecho el nombramiento de tutor, pues si la ley le faculta (art. 260, núm. 3.º) para relevar á éste de fianza y hasta de rendir cuentas, con mayor razón debe considerarse facultado para dispensar el impedimento de que se trata autorizando el matrimonio.

También indicaremos que, en nuestro concepto, no puede alcanzar la prohibición, de que se trata al tutor que, según el artículo 279, no esté obligado á rendir cuentas por haber obtenido el cargo con la asignación de frutos por alimentos, porque en tal caso falta la razon de la ley.

ARTÍCULO 46

La licencia de que habla el número primero del artículo anterior, debe ser concedida á los hijos legítimos por el padre; faltando éste, ó hallándose impedido, co-

rresponde otorgarla, por su orden, á la madre, á los abuelos paterno y materno, y, en defecto de todos, al consejo de familia.

Si se tratare de hijos naturales reconocidos ó legitimados por concesión Real, el consentimiento deberá ser pedido á los que los reconocieron y legitimaron, á sus ascendientes y al consejo de familia, por el orden establecido en el párrafo anterior.

Si se tratare de hijos adoptivos, se pedirá el consentimiento al padre adoptante, y, en su defecto, á las personas de la familia natural á quienes corresponda.

Los demás hijos ilegítimos obtendrán el consentimiento de su madre cuando fuere legalmente conocida; el de los abuelos maternos en el mismo caso, y, á falta de unos y otros, el del consejo de familia.

A los jefes de las casas de expósitos corresponde prestar el consentimiento para el matrimonio de los educados en ellas.

Respecto á esta materia ya queda dicho lo más importante al estudiar analíticamente el párrafo primero del art. 45, haciendo una ligerísima reseña histórica de lo que al consentimiento paterno se refiere. Allí puede verse que la Iglesia, después de haber acomodado sus prescripciones acerca de este punto durante largo tiempo á la legislación romana, se apartó al fin de ella y consideró válidos los matrimonios contraídos sin licencia paterna.

Merecen entre los precedentes de nuestra legislación patria, mención determinada el Fuero Juzgo y las Partidas, en su ley 8.ª, tít. 1.º, libro 3.º, y 5.ª, tít. 1.º, de la 4.ª, respectivamente, por expresar ya á quienes, á falta del padre, correspondía prestar el consentimiento.

Las diferencias que en estos Códigos se observan, según el sexo del que necesitaba la licencia, desaparecieron con posterioridad por la pragmática de 1776, recopilada, según la cual, se tratase de varón ó de mujer, el consentimiento debía darse por el padre, en su defecto, por la madre, á falta de ambos por los

abuelos: no habiéndolos, por los dos parientes más cercanos mayores de edad y no interesados en el matrimonio, y, en último caso, por los tutores ó curadores con la aprobación correspondiente.

Mantenida esta igualdad en la nueva pragmática de 1803, también recopilada, se establecieron en ella otras diferencias, de todos conocidas, en cuanto á la edad, según el sexo del menor á quien era precisa la licencia y según la persona que había de prestarla; y más tarde, por la ley de Junio de 1862, suprimiéndose la gradación de edades, se fijó la de veintitrés y la de veinte años para el hijo y la hija de familia, respectivamente, en todos los casos, á excepción del en que el curador testamentario, ó el juez de primera instancia en su defecto, eran los llamados, en unión con los parientes más cercanos, á otorgar el consentimiento, pues entonces el menor, cualquiera que fuese su sexo, podía contraer matrimonio libremente desde los veinte años cumplidos.

Tal era el estado de la legislación sobre la materia al redactarse el Código vigente, pues acerca de ella no contenía la ley del Matrimonio civil disposiciones especiales, y en su art. 5.º, número 3.º, no hacía más que referirse á las leyes anteriores que regían.

Se hallaban, por tanto, subsistentes algunas dudas que la ley de 1862 originaba y era de todo punto indispensable acabar con ellas para siempre. ¿Los hijos legitimados por autorización Real, á quién debían pedir el consentimiento? ¿A quién correspondía prestarle tratándose de hijos adoptivos? No se sabía: por lo menos la ley hacía de ellos en absoluto caso omiso. ¿Los hijos naturales, de quién tenían que obtener permiso? Había que suponerlo: el precepto legal no era concreto, al decir que el consentimiento de los abuelos no les era necesario, ni tampoco la intervención de los parientes cuando el curador ó el juez eran los llamados á conceder la licencia, daba á entender que á los padres incumbía otorgarla en primer término; pero no lo decía de la manera terminante que la ley debe expresarse, y con ello, aun-

que se interpretase como queda dicho, daba lugar á que pudiera discutirse á quién de los dos, al padre ó á la madre, debía darse preferencia, toda vez que en la familia ilegítima ha sido siempre legalmente la madre la cabeza.

El legislador tenía que procurar que no se suscitasen en lo sucesivo cuestiones semejantes; y de aquí que en el artículo objeto del comentario se hayan previsto cuidadosamente todos los casos.

Se trata en él, en primer término, de los *hijos legítimos*, y se establece con claridad y orden quiénes, en cada circunstancia, son los llamados á prestar licencia al menor para casarse. En defecto de padre y madre, la ley llama á los abuelos paterno y materno. No nos ofrece duda alguna de que en estas palabras no se excluye á la línea femenina. La palabra abuelos, comprende indudablemente á las abuelas, aun en el sentido vulgar. Y si la letra de la ley así lo indica, su espíritu y la relación que existe entre el primer párrafo del art. 46, y los que le siguen, ponen de relieve la misma conclusión. ¿Por qué la abuela de un hijo natural había de hallarse facultada para conceder licencia á su nieto, y había de negarse ese derecho á la abuela legítima? La razón del precepto, su fundamento, todo, está indicando que esa y no otra es la interpretación que debe darse al párrafo primero del artículo que comentamos. El orden entre los abuelos será el siguiente: abuelo paterno, abuelo materno, abuela paterna, abuela materna y aun, en defecto de todos ellos, y existiendo bisabuelos, estimamos que á ellos corresponde, antes que al consejo de familia, dar al menor la licencia necesaria para contraer matrimonio. En el art. 46, cuando el legislador habla de abuelos, debe entenderse, en nuestra opinión, esta palabra, sinónima de ascendientes.

Descartada esta primera dificultad, ocurre preguntar: ¿cuándo podrá considerarse al padre impedido para otorgar la licencia? ¿Este motivo de pérdida de la facultad de conceder el consentimiento, es extensivo á la madre y á los abuelos en sus respectivos casos? ¿Queda privada la madre de este derecho por pasar á nupcias ulteriores?

Respecto á la cuestión primera, ya que el artículo se limita simplemente á prever que el padre se halle impedido para conceder la licencia, que, á no encontrarse en tal estado, le correspondería otorgar, hay que suponer que este impedimento puede ser físico ó legal: físico, cuando esté privado del uso de la razón; legal, cuando le haya sido impuesta la pena de interdicción civil.

Acerca de la cuestión segunda, bien puede afirmarse que si en defecto del padre corresponde á la madre conceder el permiso y ésta se halla impedida para ello, la facultad de prestarle recaerá en los abuelos, por su orden, y que si por un cúmulo de casuales circunstancias fuese la abuela materna el último ascendiente llamado por la ley á dar el consentimiento y resultase impedida, tendrá el menor que acudir al consejo de familia para obtenerle.

En esto no cabe duda alguna; pero en cuanto á las causas productoras del impedimento, suponiendo que el hallarse sufriendo la pena de interdicción civil sea una de ellas, tal vez no ha de faltar quien diga que siendo la de interdicción pena accesoria únicamente de la de cadena, que no puede imponerse á las mujeres, no se dará nunca el caso de que la madre se halle impedida para dar la licencia por este motivo legal, que puede serlo del impedimento del padre ó los abuelos. Sin embargo, aunque á primera vista esta observación parecería atendible é inconcusa, como por el art. 466 del Código penal se condena á los reos comprendidos en el 465 y á cualesquiera otros que lo sean de corrupción de menores en interés de tercero, es decir, de delitos que también pueden ser cometidos por mujeres, á la pena, entre otras, de interdicción del derecho de ejercer la tutela; como hoy la mujer puede tener el de patria potestad sobre sus hijos no emancipados, y como la patria potestad es superior á la tutela, y es evidente que quien debe perder ésta, con más razón debe perder aquélla, puede sostenerse que, existiendo el caso de que á la mujer se imponga, aunque limitada, la interdicción civil, bien puede darse el de que la madre se halle im-

pedida por este motivo legal para otorgar á sus hijos la licencia.

Después de todo, es indiscutible si de la facultad de otorgar ésta se halla privado el que sufre la interdicción civil. Dicha facultad, más que de la ley, es efecto de la naturaleza, como oportunamente dice el Sr. Gutiérrez y Fernández, y no es producto tampoco de la patria potestad, puesto que á personas que no la tienen sobre el menor corresponde conceder el permiso en determinadas circunstancias. Ahora, pues, si la facultad en cuestión no se deriva de la patria potestad, aunque de ésta priva al penado la interdicción civil, no sería un absurdo pretender que el que se halla sufriendo la mencionada pena conserva el derecho de que sus hijos no emancipados que vayan á casarse acudan á él en demanda de la licencia exigida por la ley como requisito indispensable y previo para la celebración del matrimonio.

La cuestión, como se ve, es dudosa. No obstante, teniendo en cuenta que para el que se encuentra extinguiendo la grave pena de cadena los vínculos de la familia en realidad no existen, puesto que, rotos los civiles por la interdicción, los naturales se debilitan necesariamente por la forzosa y prolongada ausencia, y teniendo también presente, al mismo tiempo, que el consentimiento de que se trata tiene su justificado fundamento en dichos vínculos, dentro de la filosofía, si éstos no existen, aquél no tiene razón de ser, y de prudente y provechosa garantía se convierte en simple requisito de expediente, siempre inútil y perjudicial, y aun funesto en ocasiones. La ley lo que quiere evitar, según lo que en otro lugar queda expresado, es que el menor se deje arrastrar en un asunto de tanta transcendencia, como es la constitución de una familia nueva, por una pasión ó por un capricho del momento, y para ello opone á la irreflexión y al vehemente impulso del deseo, naturales y frecuentes en la edad más ardiente y confiada de la vida, la razón fría y el juicio lleno de interés y desinteresado al mismo tiempo del padre, de la madre ó del abuelo. Respecto á ellos, aparte de lo inmoral que resultaría que quien se ha hecho merecedor á una

de las penas más graves que el Código contiene, tenga intervención esencialísima en las acciones de una persona honrada, aunque de ésta sea abuelo ó padre; como en la mayor parte de los casos su ausencia ha de ser causa de que no pueda apreciar las ventajas ó inconvenientes que habría de reportar el matrimonio proyectado, dicha intervención no servirá para llenar el objeto previsor en que la ley se inspira.

En cuanto á la madre, bien que afortunadamente pocas veces acontecerá que una madre incurra en tan repugnante delito, si llega á caer bajo las prescripciones de los arts. 465 y 466 del Código penal, será porque por una aberración de la naturaleza se encuentre falta de todos los sublimes sentimientos que del amor materno son lógica y precisa consecuencia, y en tal caso, ¿qué interés le inspirarán sus hijos? De la misma manera, del padre ó del abuelo que se hallen en circunstancias semejantes, ¿podrá decirse que la ley les faculta para dar su aquiescencia ú oponerse al matrimonio de su hijo ó de su nieto porque el cariño que hacia él respectivamente experimentan ha de ilustrar la decisión que adopten?

Por ello, aunque las leyes no lo establezcan de una manera explícita, y aunque de su letra no resulte, es de creer que el hallarse sufriendo interdicción es una de las causas de que el padre, la madre ó los abuelos queden legalmente impedidos á los efectos del artículo origen del comentario.

La ausencia en ignorado paradero es desde luego también un impedimento, una causa que impide al ausente usar de su facultad, pasando á la persona que, legalmente, deba sustituirla. En cambio, estimamos que la nulidad del matrimonio no altera la regla, ni impide seguir el orden legal. Sea la que fuere la persona culpable ó de mala fe, no fundándose el precepto de la ley en la patria potestad, sino en los vínculos de la naturaleza, y en el deber de respeto y sumisión á los que dieron el sér, los hijos de un matrimonio nulo han de considerarse ó legítimos ó naturales reconocidos por el padre y la madre, aun en el peor caso, y corresponder, por tanto, en primer término, la facultad

de otorgar la licencia al varón. Podrá decirse que ese matrimonio no produce efectos civiles con relación al cónyuge que obró de mala fe; pero esto no altera la cuestión: el matrimonio produce siempre efectos civiles con relación á los hijos: son, pues, legítimos, y deben entenderse comprendidos en el primer párrafo del art. 46, pero aunque así no fuese, el criterio legal se muestra del mismo modo en el párrafo segundo, y aconseja idéntica solucion.

Atendiendo á la letra de la ley, otro tanto podría decirse en caso de divorcio, tratándose, como ha de tratarse siempre, de hijos legítimos. Convengamos, sin embargo, en que aquí existe una causa seria y muchas veces gravísima, que aconseja despojar al cónyuge culpable de toda facultad con relación á sus hijos, ya siempre, más ó menos transitoriamente, según las circunstancias, ya al menos en casos determinados. El espíritu del precepto se halla aquí en pugna con su letra, y esperamos que la jurisprudencia resuelva esta cuestión, ó se aclare en el sentido justo y procedente en la primera revisión del Código.

Por último, en lo que concierne á la tercera de las cuestiones indicadas, á la relativa á si la madre queda privada de la dicha facultad por pasar á nuevas nupcias, aunque la mujer, salvo en el caso previsto en el art. 168 del Código, pierde la patria potestad sobre sus hijos, la duda puede, desde luego, resolverse en sentido negativo.

Ya queda dicho anteriormente que la atribución de conceder ó negar el permiso para el matrimonio del menor no es consecuencia de la patria potestad, y no siéndolo, la pérdida de ésta no ha de llevar inherente la de aquélla. Por otra parte, se trata de un derecho concedido por una disposición legal que otra no declara caducado, y aunque no faltarían razones en apoyo de la conveniencia de que esta caducidad se declarase, con arreglo al derecho hoy existente, la cuestión debe resolverse en el sentido expuesto.

La variación de más entidad que se observa entre las dispo-

siciones del Código referentes á la materia y las que antes de él regían se halla al final del primer párrafo del artículo.

Según éstas, en defecto del padre, de la madre y de los abuelos, el consentimiento para el matrimonio del menor debía ser prestado sucesivamente por el curador testamentario y el juez de primera instancia en unión con los más próximos parientes, y según las del Código, el juez sólo en un determinado caso tendrá alguna intervención en el asunto, y el tutor y el protutor, aunque obligados á asistir á las reuniones del consejo de familia cuando sean citados, carecen de voto en él, si bien pueden alzarse de la decisión que adopte.

Reconocida siempre la necesidad de no dejar al que haya tenido la desgracia de perder padres y abuelos, falto de dirección protectora en la grave cuestión del matrimonio, ha existido también siempre para el legislador, la alternativa de asignar esa facultad de protección al principio de autoridad ó al sentimiento de familia, optando durante muchos siglos por el segundo, y al redactar la ley de 1862 por el primero, aunque concediendo una intervención asesora al parentesco, y no, por tanto, de una manera exclusiva y absoluta.

El Código ha vuelto á anteponer á la autoridad, derivada de la investidura ó del cargo, los vínculos ciertos ó probables del interés ó del cariño, y ha otorgado al consejo de familia la delicada misión de dirigir al menor, privado por su mal de la dirección de otras personas más directamente interesadas y más queridas.

Ha hecho bien; porque, aun prescindiendo de que, como ya queda indicado, esa facultad, más que de la ley, es efecto de la naturaleza, la junta de parientes establecida por la ley de 1862, que con nombre de junta no era realmente otra cosa que un consejo de familia con una aplicación determinada, era deficiente, y por su organización y modo de proceder, oponiéndose á la sencillez del acto, más que ventajas podía originar complicaciones en gran parte de los casos.

Hoy, ya estos inconvenientes han cesado, porque el Código

atiende exclusivamente en el asunto á los sentimientos de familia y á los de ellos derivados. No puede haber dificultad, por tanto, más que cuando alguno de los que con arreglo á la ley pueden hacerlo se alce ante el juez de primera instancia de la decisión del consejo de familia; pero como la cuestión se halla con éste íntimamente relacionada, su estudio tiene su puesto en otro lugar más adelantado de esta obra.

El primer párrafo del art. 46 es desde luego aplicable á los hijos legitimados por el matrimonio, puesto que la ley los equipara á los legítimos.

El segundo párrafo del artículo ha introducido también en la materia otra innovación en nuestro derecho. Ya queda expresada con anterioridad la duda que de la redacción del art. 12 de la ley de 1862 se originaba respecto de los hijos naturales, y hecha notar la omisión que se observaba acerca de los legitimados por autorización Real, y también queda dicho en aquella ocasión que el Código ha tratado prever todos los casos.

Haciéndolo con relación á éstos, igualando á los *hijos naturales reconocidos*, los *legitimados por concesión Real*, los ha equiparado en lo posible á los legítimos en lo concerniente al consentimiento, estableciendo que deben obtenerlo de los que los reconocieron ó legitimaron; en su defecto, de sus ascendientes, y á falta de unos y otros, del consejo de familia, y concediendo, por tanto, esa intervención protectora en los matrimonios de los hijos naturales á los abuelos y á los parientes, que por la legislación antes vigente se hallaban privados de ella. Pero téngase presente que sólo se refiere á los legitimados, y no á los demás hijos ilegítimos, aunque sean naturales, de los que después trataremos.

La disposición del Código es equitativa y clara y ha sido inspirada, á no dudarlo, en la opinión por casi todos los tratadistas admitida, de que la facultad de prestar el consentimiento emana de la naturaleza; pero sus palabras dan margen á una duda: Los bisabuelos, ¿se hallan comprendidos entre los ascendientes de quienes habla? Según el texto literal de la ley, sí,

puesto que ascendientes son los bisabuelos, y que en la acepción vulgar y aun en la filológica no tienen otro concepto que el de segundos abuelos. No es muy frecuente el que éstos alcancen las bodas de sus biznietos, pero la rareza del hecho no ha de ceder en su perjuicio, ni privarles de la intervención á que por voz de la naturaleza son llamados en los asuntos de familia.

El primero y el segundo párrafo del art. 46 vienen á ser complementarios el uno del otro, y no cabe dudar que en la denominación *abuelos* paterno y materno están comprendidos los segundos abuelos y también las abuelas y bisabuelas, puesto que todos son *ascendientes*, y sólo á falta de éstos es llamado en uno y otro caso el consejo de familia.

Otro de los casos previsto por el Código y acerca del cual la citada ley de 1862 no contenía disposición alguna, es el relativo á la petición del consentimiento por los *hijos adoptivos*. Hoy deben pedirlo al padre adoptante, y, en su defecto, á las personas de la familia natural á quienes corresponda. Antes, puesto que nada en concreto se hallaba consignado, los tratadistas estaban divididos, opinando algunos que el mismo silencio de la ley era elocuente é indicaba que, para el efecto del consentimiento, el hijo adoptivo seguía dependiendo de la familia que la naturaleza le había creado, y otros que, subrogándose en los derechos del padre natural el adoptante, á éste incumbía el otorgamiento de la licencia, si no en todos, por lo menos en algunos casos; y la duda subsistió hasta que, consultada acerca de ella, la Comisión parlamentaria formada para la discusión de dicha ley contestó que la facultad de prestar el consentimiento se transmitía al padre adoptante si la adopción era plena, pero no si era menos plena.

Habiéndose borrado por el Código esta distinción que la ley de Partida establecía, era de todo punto indispensable un precepto legal, claro y terminante que no diera ocasión á nuevas dudas, y la verdad es que el que se ha dictado es categórico, y no exige, por tanto, interpretaciones. Es indudablemente justo

que quien echa sobre sí las rigurosas obligaciones anejas á la paternidad, goce de los derechos propios de ella, pues aun cuando subsista la familia natural y se dé la debida consideración á la misma, atendidos los vínculos de la sangre, es innegable que no sólo en el adoptante nacen poder y autoridad, sino relaciones íntimas de cariño y de interés á favor del adoptado, sin las cuales no se concibe la adopción, y es racional, por tanto, que á fin de obtener la licencia para el matrimonio tenga que acudir el hijo al padre adoptante, con preferencia al natural que voluntariamente renunció á sus deberes paternales sobre aquel hijo.

No estando prohibida á las mujeres la adopción, y pudiendo hacerla conjuntamente con su marido la que sea casada, según el art. 174, no pueden negarse á la madre adoptante los derechos concedidos al padre, y, por consiguiente, á falta de éste, el hijo adoptivo deberá pedir en su caso el consentimiento ó licencia para el matrimonio á su madre adoptante, y sólo á falta de ambos habrá de solicitarlo de su familia natural por el orden establecido para los hijos legítimos, si lo fuere, esto es, del padre legítimo en primer lugar, en su defecto de la madre, á falta de ambos de los abuelos, y en último término del consejo de familia; y si no fuere hijo legítimo, de las personas designadas en el presente artículo para los demás casos.

Respecto de los demás *hijos ilegítimos* también ha sido la legislación objeto de una reforma de importancia. Según la ley de 1862 (art. 13), estos hijos sólo tenían obligación de impetrar el consentimiento de la madre, á falta de ella el del curador, cuando lo había, y, por último, el del juez de primera instancia, sin convocar en ningún caso á los parientes. Según el Código, la razón de parentesco, y no la de autoridad es la que funda y determina la facultad de prestar la licencia, como la origina también con relación á los hijos legítimos, los naturales reconocidos y los legitimados, y de aquí que los demás hijos ilegítimos hayan de obtener el consentimiento de su madre cuando fuere legalmente conocida; por su fallecimiento ó incapacidad, el de los

abuelos maternos en el mismo caso; y á falta de una y otros, el del consejo de familia. Cuando no sea conocida la madre, habrá de pedirse el consentimiento único al consejo de familia formado conforme al art. 302.

Por último, la disposición relativa á los expósitos no es de todo punto nueva, pues tiene un precedente en el repetido artículo 13 de la ley de Junio de 1862, que establecía que los jefes de las casas de expósitos fuesen considerados para sus efectos como curadores de los hijos ilegítimos recogidos y educados en ellas.

No es posible ya, desde la promulgación de este Código, la duda á que la disposición anteriormente citada daba lugar, pues no se sabía si la facultad concedida al jefe del establecimiento benéfico excluía la legal que corresponde al guardador designado para el expósito por la persona que le había instituído heredero.

La dificultad que surge de la disposición del Código, originada precisamente de lo categórico de la letra de la ley, es la de si no obstante tener el expósito padre ó madre ú otro ascendiente en el caso de ser hijo natural reconocido, ó madre ó alguno de sus abuelos maternos en el caso de ser ilegítimo de las demás clases, incumbe al jefe de la casa benéfica la prestación ó la denegación de la licencia. Cuando esto ocurra, según la misma naturaleza y fundamento de la facultad de consentir, debe afirmarse que la atribuída á dicho funcionario es subsidiaria de la que este mismo Código concede en primer término á los parientes de todo menor y al padre adoptante, y que esta disposición del artículo resulta únicamente aplicable cuando el que pretende casarse es uno de esos seres sin ventura, de quienes sus padres han prescindido para siempre y por completo, esto es, de los recogidos y educados en esos establecimientos, como se deduce de los arts. 212 y 303, sin que hayan sido reconocidos ni adoptados por nadie.

ARTÍCULO 47

Los hijos mayores de edad están obligados á pedir consejo al padre, y en su defecto á la madre. Si no lo obtuvieren, ó fuere desfavorable, no podrá celebrarse el matrimonio hasta tres meses después de hecha la petición.

No es posible desconocer que después de adquirir personalidad completa el hijo de familia por el transcurso del tiempo á cuyo final obtiene la declaración de mayoría de edad, subsisten siempre, aun suponiendo al emancipado en condiciones favorables para realizar en hecho una independencia de derecho, fuertes vínculos que le ligan al pasado con mayor fuerza que el imperio de un texto legal y la severidad y rigor de su letra; pues el cariño y respeto á sus ascendientes y el recuerdo de sus ternuras, señala á los que de ellas gozaron, el hogar paterno como centro común, asilo nunca cerrado en las adversidades y fuente inagotable de consuelo en las amarguras de la vida.

Fundada, sin duda, en estas consideraciones, se promulgó la Pragmática de 23 de Marzo de 1776 (ley 9.ª, tít. 2.º, libro 10 de la Novísima Recopilación), cuyo texto, además de referirse al consentimiento indispensable á los menores de edad para contraer matrimonio, exigió al mayor que solicitase el consejo paterno en igual caso, teniendo este precepto vida legal hasta 10 de Abril de 1803, en cuya fecha otra Pragmática (ley 18, tít. 2.º, libro 10 de la Novísima Recopilación), no sólo permitió á los hijos mayores de vinticinco años y á las hijas menores de veintitrés que prescindiesen del consejo del padre, sino que fallecido éste, aun cuando quedase la madre, anticipó en un año la libertad de varón y hembra para casarse sin sujeción ni traba alguna, estableciendo gradualmente mayores facilidades en los casos de faltar abuelos y tutores, hasta el punto de que pudiesen contraer matrimonio sin pedir autorización alguna los varones

mayores de veintitrés años y las hembras que tuviesen veinte cumplidos.

Es precedente legal de los arts. 47 y 48 del presente Código el art. 15 de la ley de 20 de Junio de 1862, siendo de observar que no se ha incluído en ellos la disposición de éste relativa á la penalidad determinada para el mayor de edad que prescindía del consejo paterno y para el párroco autorizante del matrimonio.

Puesto que el Código civil no señala pena ninguna para el que se casa sin solicitar el consejo paterno, queda libre á los jueces municipales, á quienes compete el castigo de las faltas, la cuestión de si significa falta de respeto y sumisión á los padres el prescindir el hijo mayor de edad, que desea casarse, de escuchar su opinión sobre el matrimonio proyectado, y por lo tanto, si cabe en tal caso la aplicación del núm. 7.º del art. 603 del Código penal; cuestión que apreciarán según las circunstancias del caso. Pero téngase presente que el art. 493 de dicho Código castiga con suspensión y multa al juez municipal que autorizare matrimonio prohibido por la ley, y lo está el del mayor de edad que no haya solicitado el consejo paterno. No se incluyó á los párrocos en esta prescripción, porque el Código penal de 1870 prescindió en absoluto de las relaciones del Estado con la Iglesia, y entonces sólo el matrimonio civil producía efectos civiles.

El Código civil francés, que en su art. 371 expresa, lo mismo que el nuestro en el 154, que el hijo, *cualquiera que sea su edad*, debe honor y respeto á su padre y madre, da mayor extensión á la obligación del emancipado por edad que proyecta casarse, pues cuando sus padres han muerto le exige que solicite el consejo de los abuelos, y aun después de una respuesta negativa, le manda que insista en la petición hasta tres veces, pudiendo prescindir de esta formalidad el mayor de treinta años, poniéndose, al establecer esto último, en contradicción con el principio fundamental, ya que á medida que avanza en edad el que ha de cumplir el precepto de respetar siempre á sus padres, se atenúan para él las consecuencias.

De este defecto capitalísimo ha huído nuestro Código, que no

establece excepción alguna, y al atribuir únicamente al padre, y á falta de éste únicamente á la madre, el deber de aconsejar al hijo, evita además una dificultad práctica en la aplicación rigurosa de la legislación francesa. Sus comentaristas pretenden salvarla amparándose en los arts. 148 y 150 de su Código, que se refieren al consentimiento, y resuelven el conflicto concediendo mayor autoridad y eficacia al consejo del padre ó abuelo que al de la madre ó abuela, pudiendo el hijo, después de serle conocida la opinión de su madre desfavorable al enlace proyectado, infringir, contrayendo matrimonio inmediatamente, el precepto del art. 371 que le obligaba á honrar y respetar á la que le dió el ser.

Como originada del cariño y del respeto la obligación en el hijo, y el derecho en sus padres tiene gran extensión y alcance, pudiéndose desde luego afirmar que comprende el art. 47 á los hijos legítimos, á los naturales reconocidos y á los adoptivos, puesto que todos están comprendidos bajo la denominación genérica de *hijos*, que emplea dicho artículo, y que en el anterior se les impone la obligación de pedir á sus padres respectivos la licencia ó consentimiento para el matrimonio, cuando son menores de edad. Por la misma razón alcanza también á los demás hijos ilegítimos, mayores de edad, la obligación de pedir el consejo á su madre, cuando fuere legalmente conocida.

Claro es que el varón, ante la prestación de un consejo desfavorable á su enlace, puede resistir, después de oirle, la fuerza ó coacción de sus padres dirigida á que desista de su propósito, pero la hembra, más débil, sujeta muy estrechamente á los que la dieron el ser é imposibilitada de hecho y por propio decoro de huir del hogar paterno, no se encuentra en las mismas condiciones, y por esto se le permite garantir su seguridad y libertad cuando tema coacción ó violencia después de una formal negativa. En este caso, invocando el núm. 3.° del art. 1880 de la ley de Enjuiciamiento civil, puede impetrar el amparo judicial y conseguir su depósito, con arreglo á los artículos 1901 y siguientes de la misma ley.

No debemos prescindir de una cuestión á que da lugar el presente artículo, y sobre la cual, á pesar de tener importancia, nada se dijo en los Cuerpos Colegisladores al examinar y censurar el Código civil, ni al discutirse las bases para su formación.

¿Están obligados los viudos y viudas mayores de edad á pedir consejo á sus padres para contraer segundo matrimonio? ¿Están comprendidos en la disposición del artículo que estamos comentando?

La resolución negativa ha prevalecido siempre entre nosotros. Ya la ley 4.ª, tít. 1.º, libro 3.º del Fuero Real declaró que «toda mujer viuda que haya padre ó madre, pueda casar sin mandado de ellos, si quisiera, é non haya pena por ende»; de cuya declaración se deduce que no había duda respecto de los varones. Nada se dispuso sobre los viudos y viudas en las pragmáticas de 1776 y 1803, y tampoco se hizo mención de ellos en la ley de 20 de Junio de 1862. Esta en su art. 1.º impuso á los *hijos de familia*, menores de veintitrés años y á las hijas menores de veinte, la obligación de pedir el consentimiento paterno; pero en su art. 15, al imponer á los mayores de dicha edad respectivamente la de pedir consejo á sus padres ó abuelos, habló en general de *hijos legítimos*, y esto dió lugar á la duda de que tratamos.

El M. R. Arzobispo de Valencia consultó esa duda al Ministerio de Gracia y Justicia, el cual la pasó á informe del Tribunal Supremo en pleno. Este emitió su opinión en el sentido de que el hijo ó la hija viudos no estaban obligados á pedir el consejo, fundándose en que por su matrimonio adquirieron un estado que no es el de hijos de familia, consignado por dicha ley en su art. 1.º; y sólo podría tener lugar lo contrario, cuando la ley hubiera impuesto terminantemente la obligación, ora del consentimiento, ora del consejo, para todos los matrimonios sucesivos, lo cual no había verificado, como no lo verificaron tampoco las leyes de 1776 y 1803, ni así se entendieron. El Ministro de Gracia y Justicia se conformó con este dictamen, y por Real orden de 7 de Febrero de 1863 lo comunicó al Prelado consultante;

pero sin dar á esta resolución el carácter de general ni publicarla en la *Gaceta*.

A la vez, el M. R. Arzobispo de Zaragoza resolvió la duda en el mismo sentido por medio de una circular que dirigió á los párrocos de su diócesis en 28 de Julio de 1862. Y con conocimiento, ó sin él, de estas resoluciones en las demás diócesis, el hecho es que fué general y uniforme la jurisprudencia de autorizar los matrimonios de los viudos sin exigirles el consentimiento ni el consejo paterno. Tampoco hizo novedad sobre este punto la ley del Matrimonio civil de 1870, limitándose á ordenar en su art. 31, que los contrayentes habían de acreditar haber obtenido la licencia ó solicitado el consejo, conforme á la ley, cuando se trate del matrimonio de *hijos de familia* y de menores de edad; y así han continuado las cosas hasta la publicación del Código civil.

Es de notar en éste, que no emplea el calificativo de *hijos de familia*, usado en las leyes anteriores: el art. 45 prohibe el matrimonio al menor de edad que no haya obtenido la licencia, y al mayor que no haya solicitado el consejo, sin exceptuar á los viudos. Al determinar en el 46 las personas de quienes ha de obtenerse la licencia, habla en general de los hijos, y lo mismo el 47 que estamos comentando, ordenando que «los *hijos mayores de edad* están obligados á pedir consejo al padre, y en su defecto á la madre». Lo mismo son hijos los viudos que los solteros con relación á sus padres, y como en dichos artículos no se hace excepción alguna, es evidente que conforme á la letra de la ley, todos los hijos mayores de edad, cualquiera que sea su clase, estado y condición, están obligados á pedir consejo á sus padres, cuando éstos existan, y que sin llenar este requisito no pueden contraer matrimonio, ya se trate de primeras, ya de segundas ó ulteriores nupcias.

El art. 317 considera como mayores de edad á los hijos emancipados, y en tal concepto los viudos podrán estar dispensados de la obligación de obtener el consentimiento ó licencia de sus padres, pero no de la de pedirles consejo para su segundo ma-

trimonio, como acto de respeto y reverencia á que siempre están obligados.

Se comprende fácilmente la razón filosófica de esta novedad. Ya se ha dicho que no se funda hoy en la patria potestad la obligación de los hijos de pedir el consentimiento ó el consejo para el matrimonio, sino en la que les impone el art. 154 de tributar *siempre* respeto y reverencia á sus padres, aunque no permanezcan en su potestad, como es un deber moral, sancionado además por la ley para que no se rompan los lazos de la familia. El hijo, al emanciparse por medio del matrimonio, no queda desligado de esa obligación, y faltaría al respeto, reverencia y consideración que debe á sus padres, si no les pidiera consejo para contraer segundo matrimonio. No basta la licencia ó el consejo otorgado para el primero, porque pueden concurrir en el segundo otras circunstancias por las cuales no merezca la aprobación del padre. No se nos ocultan las razones que pueden alegarse en contra: reconocemos también que esa obligación se opone á la conveniencia moral y social de no coartar demasiado la libertad del matrimonio: acaso sería conveniente poner alguna limitación ó establecer excepciones; pero todo esto es para que lo medite el legislador y modifique la ley. Mientras no se modifique, es precepto terminante que todos los *hijos mayores de edad*, sin distinción de estado, clase ni condiciones, están obligados á pedir consejo al padre, y en su defecto á la madre, así como los menores deben pedirles el consentimiento, y por consiguiente, á ello están obligados los que sean viudos para contraer segundas nupcias.

A la vez que el nuevo Código ha dado esa amplitud á la obligación de los hijos, aunque no sean legítimos ni solteros, de pedir consejo para el matrimonio, la ha limitado ordenando que sólo se pida al padre y en su defecto á la madre: queda, pues, derogada la obligación de pedirlo á los abuelos, á falta de padres, que impuso la ley de 1862 en su art. 15. No existiendo padre ni madre, ó estando impedidos, sobre lo cual véase la doctrina expuesta en el comentario anterior, pueden casarse li-

bremente los que sean mayores de edad, sin necesidad de pedir consejo á nadie.

Ha de pedirse y acreditarse el consejo en la forma que se ordena en el artículo que sigue. «Si no lo obtuviere el hijo, ó fuere desfavorable, no podrá celebrarse el matrimonio hasta tres meses después de hecha la petición.» Así concluye el artículo de este comentario, determinándose en el 50 los efectos civiles que produce el matrimonio cuando se falta á ese requisito, única pena que puede imponerse por no estar comprendido en las prescripciones del Código penal, como no sea, en su caso, la falta definida en el núm. 7.º del art. 603 de dicho Código.

Pedido el consejo, ha llenado el hijo ese requisito legal, y las evasivas del padre para no otorgarlo ni negarlo, no pueden impedir que se celebre el matrimonio después de transcurridos los tres meses de hecha la petición, como se ordena en el presente artículo, y se declaró por Real orden de 16 de Diciembre de 1863.

El art. 45 del Código, en su núm. 1.º, distingue á los hijos por razón de su edad en menores y mayores; el 47 se refiere á los mayores de edad. ¿Qué regla deberá adoptarse respecto á los hijos emancipados por concesión de sus padres ó por el matrimonio? ¿deben pedir licencia ó consejo para contraer su unión? Esta cuestión habremos de examinarla al comentar el art. 317. Nuestro criterio queda ya expuesto cuando hemos aludido á este último artículo, al examinar la cuestión anterior. El menor emancipado se considera como mayor, y facultado para regir como tal su persona y sus bienes, sin más limitaciones que las que taxativamente marca la ley, entre las que no se encuentra la de necesitar la licencia paterna para contraer matrimonio. Basta, pues, en nuestra opinión, que los hijos menores que obtuvieron la emancipación voluntaria, ó estuvieron casados, soliciten el consejo paterno.

En cuanto á aquellos menores que obtuvieron del consejo de familia el beneficio de la mayor edad, deben considerarse mayores, y en tal concepto, y careciendo de padres, no necesitan licencia ni consejo para casarse.

ARTÍCULO 48

La licencia y el consejo favorable á la celebración del matrimonio deberán acreditarse, al solicitar éste, por medio de documento que haya autorizado un Notario civil ó eclesiástico, ó el Juez municipal del domicilio del solicitante. Del propio modo se acreditará el transcurso del tiempo á que alude el artículo anterior, cuando inútilmente se hubiere pedido el consejo.

Este artículo es el complemento de los dos que le preceden: en él se determina la forma en que ha de acreditarse, al solicitar el matrimonio, el consentimiento ó el consejo de las personas que deben darlo, según dichos artículos, y por consiguiente, la forma en que ha de pedirse.

Según este artículo, los que pretendan contraer matrimonio, ya sea canónico, ya civil, deben presentar al solicitarlo el documento que acredite haber obtenido la licencia favorable, si son menores de edad, y si son mayores, el consejo del padre ó de la persona que deba darlo conforme á los arts. 46 y 47, cuyo documento ha de estar autorizado por un notario civil ó eclesiástico, ó por el juez municipal del domicilio del solicitante. Y añade que del mismo modo se acreditará la petición del consejo cuando éste sea desfavorable ó se hubiere pedido inútilmente, á fin de que pueda realizarse el matrimonio luego que transcurran los tres meses después de hecha la petición. De consiguiente, por medio de esos funcionarios, ó ante ellos, ha de hacerse la petición, y la concesión ó negativa del consentimiento, ó del consejo en su caso, en la forma que luego explicaremos.

En la ley de 20 de Junio de 1862 nada se dispuso sobre la forma en que debiera acreditarse el consentimiento ó licencia para el matrimonio de los menores, y en su virtud siguió la práctica hasta entonces observada de prestarlo ante el párroco, cuando comparecía ante él la persona que debía darlo, y en otro caso ante notario ó el juez municipal: el párroco consignaba la

comparecencia y autorizaba el consentimiento en el expediente matrimonial, y así se llenaba ese requisito. Pero, respecto del consejo, ordenó dicha ley en el párrafo 3.º de su art. 15, que «la petición del consejo se acreditará por declaración del que hubiere de prestarlo ante notario público ó eclesiástico, ó bien ante el juez de paz, previo requerimiento y en comparecencia personal»; sustancialmente lo mismo que ahora se previene para el consentimiento y el consejo.

Publicada dicha ley, algunos Prelados diocesanos, movidos del plausible celo de evitar dilaciones en los expedientes matrimoniales, habilitaron como notarios eclesiásticos á los párrocos y ecónomos ó regentes de las parroquias, para que, en tal concepto de notarios, recibieran y autorizasen la declaración sobre el consejo para el matrimonio, conforme á lo prevenido en el artículo 15 de la citada ley. Pero varios Colegios de Notarios acudieron al Ministerio de Gracia y Justicia contra esas habilitaciones, y después de oir á la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de conformidad con su dictamen, se resolvió por Real orden de 17 de Noviembre de 1864, que quedaran sin efecto las antedichas habilitaciones y que no se realizaran en lo sucesivo, fundándose en que sobre ser innecesarias por haber en todos los pueblos jueces de paz, eran contrarias á lo prevenido en la ley 6.ª, tít. 14, libro 2.º de la Novísima Recopilación sobre nombramiento de notarios eclesiásticos.

En vista de esta resolución y en cumplimiento de la ley, para acreditar el consejo favorable ó haberlo pedido inútilmente, no se admitían otros documentos que el testimonio librado por notario civil ó eclesiástico del acta en que constaba el requerimiento hecho al padre á instancia del hijo y la contestación dada por aquél, ó la certificación de la comparecencia realizada con el mismo objeto ante el juez municipal. El mismo medio se empleaba para acreditar la licencia ó consentimiento en los pocos casos en que el padre ó la persona que debía darlo no podía comparecer á prestarlo personalmente ante el párroco ó en la vicaría y consignarlo en el expediente matrimonial, como se ha dicho an-

teriormente. Y para facilitar estas diligencias por Real orden de 21 de Julio de 1865 se mandó á los jueces de paz que pasaran al domicilio de las personas que debieran prestar el consentimiento ó consejo paterno para el matrimonio, siempre que por hallarse impedidas no pudieran comparecer ante su autoridad.

Como la ley de 1862 confirió á los jueces de primera instancia la facultad de prestar el consentimiento para el matrimonio, á falta de padres y abuelos y de curador testamentario, en unión con la junta de parientes, en el título 5.° del libro 3.° de la de Enjuiciamiento civil de 1881 se ordenó el procedimiento que para ello había de seguirse, cómo también para pedir el consejo ante los jueces municipales. De estas disposiciones serán hoy aplicables las que puedan serlo conforme al Código civil, como lo son las que se refieren á la prestación del consejo ante los jueces municipales, puesto que sobre este punto no se ha hecho novedad; pero no pueden serlo las relativas á la forma de suplir el consentimiento los jueces de primera instancia, porque el nuevo Código no les da la intervención y facultades que antes tenían. Y como entre estas disposiciones no había ninguna que directa ni indirectamente prohibiera la prestación del consentimiento ante la autoridad eclesiástica en el expediente matrimonial, cuando ante ella comparecía voluntariamente la persona que debiera darlo, siguió esta práctica, que economizaba tiempo y gastos y facilitaba el medio de llenar ese requisito sin faltar á la ley.

Pero el artículo que estamos comentando ordena terminantemente que «la licencia y el consejo favorable á la celebración del matrimonio deberán acreditarse, al solicitar éste, por medio de documento que haya autorizado un notario civil ó eclesiástico ó el juez municipal del domicilio del solicitante.» En el día no hay, pues, otro medio para acreditar ese requisito que el que acaba de indicarse copiando la ley; y como esa disposición se halla entre las que son comunes á las dos formas de matrimonio, estarán obligados los párrocos á observarla, lo mismo que los jueces municipales.

Lo confirma la Real orden de 27 de Junio de 1911, declarando que «el precepto terminante y expreso del art. 48 del Código civil, aplicable á las dos formas de matrimonio, no permite la constancia de la autorización de las licencias y consejos previos al mismo, sino mediante documentos autorizados por los funcionarios designados en dicho artículo, entre los que no están los párrocos, quienes, por lo tanto, deben abstenerse de autorizarlos».

Veamos ahora el procedimiento que ha de emplearse para obtener dicho documento.

Ante notario civil ó eclesiástico.—Como los menores de edad no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento ó licencia de la persona que debe darlo, si ésta se niega es inútil toda gestión; y si se presta á concederlo hará la manifestación compareciendo voluntariamente ante un notario, el cual levantará acta notarial conforme á la ley y reglamento del Notariado, y dará testimonio de la misma al interesado para que con este documento acredite haberle sido otorgada la licencia para el matrimonio. Lo mismo se hará respecto del consejo cuando el padre, ó la madre en su defecto, esté conforme en darlo favorable. Pero si el padre ó la madre se niegan á darlo, á instancia del hijo serán requeridos por el notario, el cual consignará en acta notarial la contestación que dieren, y entregará copia autorizada del acta, en la que se consignará todo lo ocurrido, para los efectos consiguientes.

Ante el juez municipal.—Cuando el que deba dar la licencia ó el consejo comparezca voluntariamente con este objeto ante el juez municipal de su domicilio, se extenderá la oportuna comparecencia, autorizada por el juez y el secretario, y se dará certificación de ella al interesado para el uso de su derecho. Pero, si aquél no quiere comparecer para dar el consejo, pues respecto del consentimiento es inútil toda gestión con el objeto de obligar á darlo, como ya se ha dicho, ó no puede comparecer por hallarse enfermo ó impedido, se empleará el procedimiento ordenado en los artículos 1936 al 1940 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En el caso de no poder comparecer en el juzgado por algún impedimento legítimo el que ha de dar el consentimiento ó el consejo, á instancia verbal de parte interesada, está obligado el juez municipal á trasladarse con su secretario á la casa ó local en que aquél se halle para recibir su declaración; se consigna ésta en el acta, y se da certificación de la misma al interesado para que pueda acreditarlo en el expediente matrimonial. No podrá emplearse este procedimiento respecto del que ha de dar la licencia para el matrimonio, sino en el caso de que se manifieste estar conforme en prestarla, y que no puede comparecer por hallarse enfermo ó impedido: si la pretensión fuere para explorar su voluntad, no debe accederse á ella, así como tampoco puede obligársele á que comparezca en el juzgado con ese objeto por la razón antes indicada.

No así respecto del consejo en razón á que puede celebrarse el matrimonio tres meses después de hecha la petición, para lo cual es preciso acreditar este requisito. Por esto se permite á los hijos mayores de edad que soliciten verbalmente del juez municipal haga comparecer al padre ó madre que deba prestar el consejo para que manifieste si lo da favorable ó adverso. El juez, después de extender por escrito esa comparecencia, en la que se consignará el nombre de la persona con quien el solicitante trate de contraer matrimonio, mandará que se cite al padre para que comparezca en el día y hora que se le señale, cuya citación se hará en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil. Si no comparece se le citará por segunda y hasta por tercera vez, con apercibimiento en este caso de tener por dado el consejo favorable al matrimonio, conforme á lo prevenido en el art. 1937 de la ley antes citada. Cuando comparezca el citado, se le instruirá de la petición del hijo, y se le requerirá para que manifieste su consejo favorable ó adverso para el matrimonio, sin admitirle evasivas ni excusas de ninguna clase, bajo el apercibimiento antes indicado de tener por favorable el consejo si expresamente no lo da adverso. La respuesta que diere se consignará en el acta, de la que se dará copia certifi-

cada al hijo ó hija para el uso de su derecho. Y si aquél hubiere dejado de comparecer á la tercera citación, se acreditará en el expediente y dictará el juez providencia teniendo por dado el consejo favorable y mandando se facilite al hijo certificación de lo actuado.

Cuando el hijo se vea en la necesidad de emplear estos procedimientos para la petición del consejo, podrá dudarse si el término de los tres meses que señala el art. 47 para celebrar el matrimonio después de pedido el consejo, cuando éste sea desfavorable, deberá contarse desde el día de la citación ó el de la comparecencia del padre ante el juez municipal. En nuestra opinión, debe contarse desde el día de la comparecencia, en razón á que ordena la ley procesal que en ese acto se instruya al padre de la petición del hijo, y mientras tanto no puede estimarse hecha la petición formalmente; así como, cuando se haga por medio de notario, se contará el término desde el día en que éste requiera al padre á instancia del hijo para que le dé el consejo. Pero sería más lógico y menos dilatorio que se entendiera hecha la petición del consejo desde el día de la citación, ya fuese personal, ya en su caso por cédula ó edictos, y que desde ese día se contaran los tres meses, sin necesidad de otra citación.

También podrá ocurrir duda sobre si habrá de esperarse el transcurso de los tres meses para celebrar el matrimonio cuando el padre no hubiese comparecido después de la tercera citación ó contestase con evasivas. La ley de Enjuiciamiento civil ordena en sus arts. 1937 y 1939, que en estos casos se tenga por dado el consejo favorable al matrimonio, presumiéndolo así de la conducta del padre que, habiendo podido manifestar expresamente que era desfavorable su consejo, no lo hizo, á pesar del apercibimiento con que fué conminado por el juez. Es verdad que el art. 47 del Código exige la dilación de los tres meses cuando no se obtenga el consejo ó sea desfavorable; pero en el caso de que se trata se obtiene y es favorable por presunción de ley, y por consiguiente, creemos que puede celebrarse desde luego el matrimonio. No así cuando el padre sea requeri-

do por medio de Notario, porque este funcionario no está autorizado por la ley para hacerle el apercibimiento de tenerse por dado el consejo favorable si no contesta categóricamente: ha de limitarse á consignar la contestación que diere el padre, ó la madre, en su caso, y si no es negativa ni afirmativa, no puede producir otro efecto que el de hacer constar la petición del consejo, y como éste no se ha obtenido favorable, es preciso esperar á que transcurran los tres meses para realizar el matrimonio.

Concluiremos este comentario indicando que, cuando corresponda dar la licencia ó el consejo á la madre ó á cualquiera de las otras personas designadas por la ley, á falta de padre ó de quien deba preceder en el uso de esa facultad, el Notario y el Juez municipal, en su caso, no deben exigir la justificación de esa circunstancia, sino limitarse á hacer el requerimiento ó intimación á la persona designada por el solicitante. La justificación del fallecimiento ó impedimento del padre y de las demás personas llamadas con preferencia, debe presentarse en el expediente matrimonial, que es donde ha de producir sus efectos. Esa justificación se hará con documentos fehacientes siempre que sea posible, como lo es en los casos de defunción, interdicción é incapacidad, sin que baste para justificar ésta una certificación facultativa, sino el auto ó sentencia en que se declare la incapacidad ó interdicción civil; y en los casos de ausencia é ignorado paradero, y en los demás que no puedan acreditarse con documentos, por medio de una información testifical ante el juez de primera instancia en acto de jurisdicción voluntaria, en la forma que previenen los arts. 1919 al 1921 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Según declara la Dirección general de los Registros en su Resolución de 13 de Diciembre de 1902, aunque el art. 48 se halla colocado entre las disposiciones comunes á las dos formas de matrimonio, y establece que la licencia ó el consejo deberán acreditarse al solicitarse aquél, de aquí no se infiere que los contrayentes de matrimonio canónico deban acreditar ante el Juez

municipal el cumplimiento de dichos requisitos, sino ante la autoridad eclesiástica, que es la que instruye el expediente matrimonial, pues la única misión del Juez municipal respecto al matrimonio canónico, es la de asistir á su celebración (art. 77), con el *solo fin* de verificar la inmediata inscripción del mismo en el Registro civil.

La ley vigente del Timbre de 1.º de Enero de 1906, art. 20, número 3.º, exige timbre de veinticinco pesetas en las escrituras en que se consigne el consentimiento ó el consejo para contraer matrimonio.

ARTÍCULO 49

Ninguno de los llamados á prestar su consentimiento ó consejo está obligado á manifestar las razones en que se funda para concederlo ó negarlo, ni contra su disenso se da recurso alguno.

Contra la denegación del consentimiento estableció recurso el Derecho romano (1), menoscabando la potestad del padre y entregando á la decisión de un Magistrado cuestión de tal importancia dentro de la familia, dando publicidad á los motivos de oposición aducidos, y siendo origen de escándalos ó disensiones de funestísima transcendencia.

Los Códigos de Italia, Grecia, Dinamarca, Brasil, Chile y Méjico conceden al hijo un recurso ante la justicia, exigiendo al padre que manifieste los motivos de su negativa, midiéndolos y pesándolos para deducir como posible la revocación de un mandato paterno y la creación de una nueva familia en condiciones poco á propósito para consolidar la paz doméstica.

En nuestro país, la extensa pragmática de 23 de Marzo de 1776, tantas veces citada, «considerando los gravísimos perjuicios temporales que resultan á la república civil y cristiana de impedirse los matrimonios justos y honestos, ó de celebrarse

(1) Dig. ley 39, libro 23.

sin la debida libertad y recíproco afecto de los contrayentes, obligó á los padres, abuelos, deudos, tutores y curadores á prestar su consentimiento, si no tuvieren causa racional y justa para negarlo, «como lo sería si el tal matrimonio ofendiese gravemente al honor de la familia ó perjudicase al Estado.» Podía recurrir el menor contra la negativa á la justicia Real ordinaria, la cual debía dictar resolución en un término breve, que se marcaba, sin que fuese lícito dar certificación de las objeciones y excepciones que propusieren las partes, para evitar difamaciones de personas ó familias. Esta Pragmática fué, por Real cédula de su misma fecha, trasmitida á los Prelados, encargando que se examinase y averiguase cuidadosamente la cualidad, grado, condición y estado de las personas que solicitaban contraer matrimonio.

Con todo lo relacionado quedaba mal parada la autoridad del padre, pues del texto de la Pragmática se deducía que su fin principal era el de cortar los matrimonios desiguales y la confusión de clases; y, por lo tanto, cuando éste no fuere el motivo de la negativa, la justicia Real la revocaría en la generalidad de los casos.

Otra Pragmática, la de 10 de Abril de 1903, dió facultad á los llamados á prestar el consentimiento á los menores para que lo negasen sin necesidad de expresar causa alguna; pero el recurso judicial para ante las Chancillerías y Audiencias ó sus Presidentes, quedó en pie, concediéndolo después para ante los Jefes políticos ó Gobernadores de provincia por decreto de las Cortes de 14 de Abril de 1813, restablecido en 30 de Agosto de 1836, hasta que lo prohibió, en su art. 14, la ley de 20 de Junio de 1862, precedente de lo que dispone el que estamos comentando.

No hay, pues, según este artículo, recurso alguno contra la denegación de la licencia ni la del consejo, como no debió haberlo, procediendo lógicamente, desde que en 1803 se mandó, como ahora se repite, que «ninguno de los llamados á prestar su consentimiento ó consejo está obligado á manifestar las ra-

zones en que se funde». Y si no eran conocidas las razones, ¿cómo podrían nuestros antepasados calificar de *irracional* el disenso? Y, sin embargo, por regla general, prosperaba el recurso á costa de la autoridad paterna y de la paz de las familias: está bien suprimido.

ARTÍCULO 50

Si, á pesar de la prohibición del art. 45, se casaren las personas comprendidas en él, su matrimonio será válido; pero los contrayentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código penal, quedarán sometidos á las siguientes reglas:

1.ª Se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes, y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

2.ª Ninguno de los cónyuges podrá recibir del otro cosa alguna por donación ni testamento.

Lo dispuesto en las dos reglas anteriores no se aplicará en los casos del núm. 2.º del art. 45, si se hubiere obtenido dispensa.

3.ª Si uno de los cónyuges fuere menor no emancipado, no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue á la mayor edad. Entre tanto sólo tendrá derecho á alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes.

4.ª En los casos del núm. 3.º del art. 45, el tutor perderá además la administración de los bienes de la pupila durante la menor edad de ésta.

Al comentar el art. 45 quedaron expresadas las razones que el Código ha tenido para considerar válidos los matrimonios contraídos, á pesar de las prohibiciones que en dicho artículo se hallan consignadas, y sería incurrir en molestas y enojosas repeticiones exponerlas en el lugar presente.

La doctrina emanada del Concilio de Trento, según la cual

son ilícitos, pero tienen validez, los matrimonios contraídos por los hijos sin licencia de sus padres, ha influído en el precepto del artículo y con ella razones de orden jurídico que obligan al legislador á no dar á las prohibiciones del art. 45 un alcance y transcendencia que pudieran ser origen probable de conflictos de importancia en la familia.

Pero no puede el Código, aun apreciando la fuerza y poderío del hecho realizado, dejar estériles sus prescripciones ante la violación del precepto que estableció, sino que debe procurar el castigo y el remedio, objetos que de una vez se cumplen teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos no llevan los arrebatos de una pasión á despreciar el imperio de la ley, sino que inducen á hacerlo las conclusiones de un cálculo frío y por largo tiempo elaborado. Como la mira é intención de los matrimonios que se proyectan en tales condiciones son puramente materiales, el art. 50 del Código modifica, con restricciones muy estudiadas, los efectos del matrimonio respecto á los bienes, estableciendo una pena civil que, si en algunos de los casos puede ser calificada de superior á la infracción, está con ésta en notoria analogía y viene á constituir una base de garantía para el contrayente de buena fe.

Más rigoristas otras legislaciones (Austria, Hungría, Francia, Bélgica, Italia, Suiza), establecen que el matrimonio puede ser anulado á instancia del padre cuyo consentimiento necesario no haya sido obtenido. El Código alemán admite también la nulidad, aunque otorgando al hijo mismo, y no al representante legal, el derecho de reclamarla.

Nuestro Código al establecer un castigo para el menor que prescinde de la licencia paterna, tuvo presentes algunos textos de la antigua legislación patria.

El Fuero Juzgo entregaba en manos del desposado con voluntad paterna, á la mujer que le desairó y casó con otro, y este mismo quedaba en servidumbre de su rival (1); el Fuero viejo

(1) Ley 2.ª, tít. 1.°, libro 3.°

desheredaba á la hija que casase sin consentimiento de su padre (1); el Fuero Real (2) señalaba igual pena para la hija, y una multa de 100 maravedís que había de pagar su marido; las Partidas (3) entregaban al varón á los parientes más próximos de la mujer para que los sirviese, *porque siempre finque deshonrado;* y la ley 49 de Toro determinaba como justa causa en el hijo, para perder las legítimas paterna y materna, el haber contraído matrimonio clandestino.

La pragmática de 23 de Marzo de 1776 privaba de efectos civiles á los que así se casaban y también los desheredaba, estableciendo el Real decreto de 26 de Diciembre de 1790 la necesidad de que los padres, cuya autoridad había quedado desconocida, hiciesen expresamente declaración con respecto á la imposición del castigo.

La pragmática de 10 de Abril de 1803 estableció la pena de expatriación y pérdida de temporalidades para los vicarios que autorizasen un matrimonio sin los requisitos que establecía debiendo ser confiscados los bienes de los contrayentes; y la ley de 20 de Junio de 1862 castigaba al párroco con arresto mayor, y al hijo contrayente le impuso la pena del art. 483 del Código penal de 1850, que es el 603 del actual.

La ley de Matrimonio civil no habló de penalidad para los contrayentes que lo eran después de haber prescindido del consentimiento paterno, y declaró válido el vínculo, de donde resultaban sin sanción alguna, y en muchos casos letra muerta, los preceptos relativos á la necesidad del consentimiento ó consejo.

Han deducido algunos comentaristas de la lectura del artículo, que resulta en su aplicación práctica una injusticia notoria, puesto que en el caso de infringir la mujer la ley casándose sin licencia, es el marido el castigado, ya que pierde los derechos que á su favor reconoce el art. 59 designándole como administrador de la sociedad conyugal.

---

(1) Leyes 1.ª y 2.ª, tit 5.º, libro 5.º
(2) Ley 5.ª, tit. 1.º, libro 3.º
(3) Ley 5.ª, tit 3.º, Partida 4.ª

En muchos casos, como ya queda indicado, se evita de este modo que un hábil seductor se apodere por medio del matrimonio del caudal de su víctima, lo malbarate y destroce, pagando con el capital de la mujer el menosprecio y deshonra de la misma, y distrayendo cuanto constituye el porvenir de los hijos en provecho de gentes extrañas, con general escándalo y sin esperanza de remedio.

Ocurre esto todos los días á vista de todo el mundo, sin otro medio de poner un dique al mal, que la formalización de una demanda de prodigalidad, causante por el pronto de una ruptura completa entre marido y mujer, y de la necesidad de consumir los ya mermados productos del capital, que ella llevó, en costas y gastos judiciales. No es, pues, censurable lo que ha hecho el Código evitando las consecuencias, desastrosas casi siempre, de los matrimonios contraídos contra la voluntad de las personas llamadas á prestar su licencia ó consejo.

Bajo la misma sospecha, quedan prohibidas las donaciones entre los cónyuges, que de otra manera hubieran sido seguramente utilizadas para burlar el precepto, siendo, por lo tanto, este detalle natural consecuencia de aquél.

Equipara el artículo referido licencia y consejo para sus efectos; pero no puede olvidarse que tanto cuando la licencia ha sido pedida y denegada, como cuando se ha omitido el solicitarla, el matrimonio habrá de regirse respecto á los bienes por las reglas expresadas, y las mismas tendrán aplicación cuando se prescinda de pedir el consejo, pero nunca cuando éste haya sido solicitado; pues si así sucediere, aunque se emitiese en sentido desfavorable el enlace proyectado y éste tuviese lugar, no sería aplicable esta penalidad civil, pues sólo el art. 45 veda el matrimonio al *mayor que no* HAYA *solicitado el consejo.*

No obsta la aplicación del art. 50 de este Código, que sólo afecta á la parte económica de la familia, creada, á pesar de una prohibición terminante, para que tenga efecto la imposición del castigo que el Código penal establece en su art. 489, así como tampoco influirá en el régimen financiero del matrimonio el per-

ción que en el procedimiento criminal consiga el menor de edad poco respetuoso con sus padres ó los que hacen sus veces.

Los bienes correspondientes á cada uno de los cónyuges en el matrimonio de la viuda que lo contrae antes de los 301 días siguientes á la disolución del mismo, siguen las condiciones ya expresadas, á no ser que se otorgue dispensa.

Como necesaria consecuencia de la prohibición del matrimonio entre tutor y pupila, igual sanción que para los del menor y la viuda establece el art. 50, y claramente se deduce que siendo menor de edad la contrayente y no pudiendo tener por esta razón la administración de sus bienes, ni tampoco su tutor y marido á la vez, será preciso proveerla de nuevo guardador con arreglo á lo que prescribe el Código, y esto también tendrá lugar cuando el hijo ó nieto del tutor contraiga matrimonio con su pupila, en cuyo caso el suegro quedará relevado de la tu tela.

Téngase presente que la regla 4.ª del artículo que comentamos, se refiere expresamente *á los casos* del número 3.º del artículo 45, y que según este número, está prohibido el matrimonio del tutor ó sus descendientes *con las personas* que tuviere, ó *hubiere tenido* en guarda, hasta tanto que estén aprobadas las cuentas de su cargo. De aquí deducimos que aunque el art. 50 sólo habla de la administración de los bienes de *la pupila*, sus efectos alcanzan y deben alcanzar, por igual razón, á los bienes del pupilo, cuando casa con él alguna de las hijas ó descendientes del tutor. Por otra parte, si bien propia y especialmente el caso de aplicación de esos artículos, será de ordinario, el matrimonio del tutor ó de sus descendientes con un menor, aun sujeto á tutela hasta el día de su unión, puede ocurrir que no sea así y se haya concedido al pupilo ó pupila el beneficio de la mayor edad, ó que se espere á que llegue ésta para casarse después, y entonces, hasta que estén aprobadas las cuentas del cargo, debe considerarse subsistente la prohibición con arreglo al art. 45, y sus efectos, en virtud del 50, sin que pueda entonces ser aplicable el número 3.º ó regla 3.ª de este último, ni por tanto el

nombramiento de nuevo guardador á que antes nos referimos, bajo la base de tratarse de una pupila menor de edad.

ARTÍCULO 51

No producirá efectos civiles el matrimonio canónico ó civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente.

Condenadas en absoluto como contrarias á la esencia del matrimonio la poligamia y la poliandria, y constituyendo el *ligamen* un impedimento dirimente según el derecho canónico, se deduce de una manera obvia la nulidad del matrimonio que contraiga una persona que se halle unida á otra distinta por vínculo no disuelto legalmente, con arreglo también al núm. 5.º del art. 83 de este Código y al 486 del penal que castiga la bigamia. Carece el matrimonio contraído en estas condiciones de las necesarias para darle validez y eficacia, y no puede surtir efectos civiles según el texto de este artículo.

Preciso es advertir que, según el art. 69, los matrimonios sobre los que pesa la declaración de nulos, producen efectos civiles, siempre que se contraigan de buena fe, y aunque la hubiese habido mala por parte de ambos contrayentes, surten aquellos efectos respecto á los hijos.

No existe contradicción entre los dos textos, puesto que el primero expresa la regla general, y el segundo establece la excepción de que habrán de valerse el contrayente de buena fe y los hijos para lograr que se les reconozcan los derechos compatibles con su situación anormal.

Por tanto, cuando el matrimonio contraído de buena fe por una persona, se anula por resultar que el otro contrayente se hallaba legítimamente casado con anterioridad, no rige respecto á los hijos y al cónyuge inocente, el precepto del art. 51, sino el 69 que es especialísimo, y expresamente dictado para el caso.

ARTÍCULO 52

El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges.

La perpetuidad del vínculo, el *consortium omnis vitæ*, de Modestino, constituye la esencia de la institución del matrimonio, el cual únicamente acaba con la aplicación del principio *mors omnia solvit*. Sólo el fallecimiento de uno de los consortes desata el lazo existente, y si el artículo no trata, como trataba el 90 de la ley de Matrimonio civil, del caso en que la ausencia prolongada de uno de los cónyuges hacía presumir su muerte, es porque el Código dedica á la ausencia, forma de acreditarse y efectos que produce, los cinco capítulos del tít. 8.º de este libro primero, y porque conforme á la base 6.ª, la presunción de muerte no puede autorizar en ningún caso al cónyuge presente para pasar á segunda nupcias, como parecían autorizarle dos leyes de Partida (1), que únicamente como precedentes históricos pueden citarse.

SECCIÓN TERCERA

DE LA PRUEBA DEL MATRIMONIO

ARTÍCULO 53

Los matrimonios celebrados antes de regir este Código se probarán por los medios establecidos en las leyes anteriores.

Los contraídos después se probarán sólo por certificación del acta del Registro civil, á no ser que los libros de éste no hayan existido ó hubiesen desaparecido, ó se suscite contienda ante los Tribunales, en cuyos casos será admisible toda especie de prueba.

---

(1) Leyes 8.ª, tít. 9.º, Partida 4.ª, y 5.ª, tít. 17, Partida 7.ª

ARTÍCULO 54

En los casos á que se refiere el párrafo segundo del artículo anterior, la posesión constante de estado de los padres, unida á las actas de nacimiento de sus hijos en concepto de legítimos, será uno de los medios de prueba del matrimonio de aquéllos, á no constar que alguno de los dos estaba ligado por otro matrimonio anterior.

ARTÍCULO 55

El casamiento contraído en país extranjero, donde estos actos no estuviesen sujetos á un registro regular ó auténtico, puede acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho.

Antes del Concilio de Trento ninguna disposición concreta obligaba á los párrocos á formalizar los asientos relativos al nacimiento, matrimonio ó muerte de sus feligreses, y era lo más general que el estado civil de las personas no dejase otras huellas que las notas relativas á la administración de Sacramentos.

Mandó el Concilio á los párrocos que abriesen libros en los cuales hiciesen constar los bautismos, matrimonios y fallecimientos, y que se custodiase la documentación relativa á tan importantes extremos en la iglesia ó en la casa del curato, y de esta manera se logró alguna uniformidad, si bien no la suficiente, pues el Estado, al que por vez primera le llamó la atención la importancia de los archivos creados por precepto del Concilio, dió muestra de su interés dictando la Real orden de 21 de Marzo de 1749, según la cual se encargó á los Prelados del Reino que los libros expresados se guardasen precisamente en las iglesias.

En el año 1801 trató Carlos IV de fundar una completa estadística sobre movimiento de población (1), y remitió á las parro-

(1) Ley 10, tit. 22, libro 7.° de la Novísima Recopilación.

quias, casas de expósitos, hospitales y hospicios, cárceles, conventos, etc., etc., los precisos formularios, reiterando las órdenes necesarias para que éstos tuviesen aplicación en 23 de Febrero de 1802.

Trató el Estado en la ley Municipal de 3 de Febrero de 1823 de establecer el Registro civil, pero subordinó el planteamiento de éste al del Código, por lo cual tan laudable intención no tuvo efecto en la práctica, como tampoco lo consiguió el decreto de la Regencia de 24 de Enero de 1841, que dictó algunas disposiciones encaminadas á reivindicar para los Ayuntamientos alguna intervención en lo hasta entonces abandonado al cuidado y solicitud de los párrocos que, si atendían á la formación y custodia de los libros, lo hacían con objeto diverso y miras distintas á las del Estado.

Obligábase á los párrocos, respecto á matrimonios, á dar cuenta á los Alcaldes de su celebración dentro de las veinticuatro horas posteriores á ella; precepto contra el cual debieron gestionar las Autoridades eclesiásticas, pues fué derogado de una manera terminante por Real orden de 24 de Mayo de 1845.

Resulta, pues, que hasta ser puesta en ejecución la ley del Registro civil de 17 de Junio de 1870, únicamente se han reflejado en los archivos de las parroquias las vicisitudes del estado civil, debiendo acudir á ellos en busca de la partida correspondiente cuando el matrimonio tuvo efecto antes de 1.º de Enero de 1871, fecha en que se abrieron los libros que hoy llevan los jueces municipales.

Atribuída á estos funcionarios la competencia para la celebración de matrimonios civiles y para la transcripción de los canónicos con arreglo al Real decreto de 9 de Febrero de 1875, ó interviniendo en los que tengan lugar con arreglo á las prescripciones de este Código, las certificaciones que emanen del Registro civil son las que hacen fe y tienen eficacia, pues según el art. 35 de la ley de 17 de Junio de 1870, dejaron de tener el valor de documentos públicos las partidas del Registro eclesiásti-

co: precepto éste que ha sido diferentes veces recordado y que hoy aceptan el artículo objeto del comentario y el 327.

No obstante, á los efectos de la legitimidad de los hijos, está declarado que la falta de transcripción en el Registro civil de las partidas de matrimonios anteriores al Código, puede suplirse por la prueba á que se refiere el art. 54, como haremos constar al final de este comentario.

La no existencia de los libros del Registro, su desaparición ó el hecho de suscitarse contienda ante los Tribunales, abren el paso á las pruebas que admite la ley de Enjuiciamiento civil, siendo utilizables todas ellas para justificar el estado de matrimonio, y es en esta parte el art. 53 el desarrollo del párrafo 2.º de la base décima.

Ya en la exposición en que se expresaron los motivos de las enmiendas y adiciones hechas en la nueva edición del Código, se habló de la nueva redacción dada al art. 54, al que se le añadieron en su ingreso algunas palabras dirigidas á relacionar su texto con el párrafo segundo del art. 53, del cual se le había considerado independiente por algunos comentaristas que, analizándole con absoluta separación, dedujeron que la posesión constante de estado de los padres unida á las actas de nacimiento de los hijos en concepto de legítimos, constituía por sí sola prueba bastante del matrimonio. Después de la enmienda no puede sostenerse tal afirmación: será *uno de los medios* de prueba, y sólo en los casos á que se refiere el párrafo 2.º del artículo 53.

Según el art. 81 de la ley de 18 de Junio de 1870, tenía aplicación este medio de prueba en dos casos: cuando los padres no vivían ya, ó cuando se hallaban imposibilitados de manifestar el lugar de su casamiento. En la exposición de motivos de dicha ley no se hicieron muy extensas consideraciones acerca de la posesión constante de estado que existe en diversos códigos extranjeros, como son, entre otros, los de Francia, Italia y Rusia, y el de la República Argentina, que dice: «Si no existiesen Registros ó no pudiese presentarse (la certificación de inscrip-

ción), por haber sido celebrado el matrimonio en países distintos, puede probarse por los hechos que demuestren que marido y mujer se han tratado siempre como tales y que así eran reconocidos en la sociedad y en las respectivas familias.»

En ningún cuerpo legal se define la posesión constante de estado, señalando las circunstancias indispensables para calificar su existencia y basar en ella una situación de derecho tan importante como la que en ella misma busca cimiento y base.

La posesión constante de estado es una suposición deducida de la repetición de un hecho sin contradicción ni lucha, originada en una costumbre guardada por largo tiempo y no interrumpida por accidente alguno. Por sí sola nada crea ni origina; es menester que la preste vigor y fuerza la existencia de un documento público, cual es la certificación del nacimiento de un hijo calificado en ella de legítimo.

Es lógico el apreciar que dicha posesión ha de tener en el concepto público mayor tiempo de vida que la del hijo, ya que la legitimidad de éste fué declarada recientemente á su nacimiento, y ambas en suma y en conjunto *unidas*, como exige el texto, engendran la suposición.

Si uno de los dos, el padre ó la madre, se hallaban ligados por un matrimonio anterior con distinta persona, aun cuando ambos elementos, la posesión y el nacimiento del hijo como legítimo, puedan aducirse, la suposición no nace, pero sí la procedencia de que se incoe de oficio el proceso correspondiente para perseguir el delito que castigan los arts. 314 y 315 del Código penal.

No quita fuerza á la aplicación del artículo ni á la presunción que establece, el hecho justificado de otro matrimonio, si éste se había disuelto conforme al art. 52 al tiempo de hacer vida común los que de ella tuvieron hijos que presentaron al Registro bajo concepto de legitimidad, y así lo hace entender el texto, al decir: *ligado por otro matrimonio anterior*; pues nadie está ligado por vínculo desatado legalmente.

La presunción á que da vida el art. 54, no es de tal fuerza

que de ella se deduzca la realidád del acto de la celebración del matrimonio, hasta el punto de sustituir por completo á la certificación emanada de los libros del Registro, cuando se trate del cumplimiento de una obligación subordinado á la condición de haberse celebrado el matrimonio. Y debe ser así, porque cabe que la suposición sea destruída, porque el concepto que nace de las dos circunstancias es hipotético, porque no puede afirmarse que tenga vida real, y finalmente, porque sólo la admite el legislador, con carácter subsidiario en defecto de la prueba plena y acabada que el art. 53 establece. Así, pues, obligación, herencia ó legado dependientes del hecho de que el contratante, heredero ó legatario contraiga matrimonio con determinada persona, sólo son exigibles en virtud de la presentación de la certificación que expida el encargado del Registro donde el matrimonio se halle inscrito.

En la falta de uniformidad de las legislaciones de los diversos pueblos acerca de la forma de celebrar y hacer constar la celebración del matrimonio, fundamentó la ley de 18 de Junio de 1870 la prescripción de su art. 82, precedente del 55 de este Código.

Cuantos medios de prueba admite y reconoce como válidos el derecho, son utilizables para justificar que el casamiento tuvo lugar en país extranjero, siempre que en el mismo no exista un Registro organizado, una oficina ó Centro creados para hacer constar la celebración de los matrimonios, pues en el caso que lo haya, únicamente hará prueba un certificado legalizado en forma y acompañado de la traducción oficial correspondiente.

Si la celebración del matrimonio no hubiese dejado huella documental alguna por no exigirlo la legislación respectiva, quien se interese en justificar aquélla, puede valerse para ello de cuantos medios permiten nuestras leyes, y claro es que del beneficio establecido en el art. 54 pueden gozar también los que manifiesten haberse casado en país extranjero, siempre que acrediten haber desaparecido el libro donde sería preciso extraer la certificación ó se vean obligados á contender ante los Tribunales.

En este caso, la posesión constante de estado puede alegarse en las condiciones ya expresadas.

Véase la sentencia de 21 de Junio de 1901, en que se declara que la filiación legítima debe justificarse con las certificaciones del acta de su nacimiento, sin que pueda alegarse en contra lo dispuesto en el primer párrafo del art. 53 y en el 54.

Ahora bien; cuando se trata de matrimonios anteriores al Código civil, la falta de transcripción de la partida de matrimonio en el Registro civil, no alcanza á destruir la legitimidad de la prole, si ésta se justifica con la partida del nacimiento en que se consigna que se trata de hijos legítimos, y se prueba la posesión constante de estado de los padres. Así lo declaran, con motivo de expedientes de quintas, las Reales órdenes de 23 de Febrero y 4 de Marzo de 1903, con vista de los artículos 53, 77 y 108 al 118.

SECCION CUARTA

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE MARIDO Y MUJER

Todos los pueblos cultos, especialmente en los tiempos modernos, han legislado cuidadosamente sobre este punto de capital importancia, pues sabido es que sin familia bien organizada no hay sociedad posible.

Por ello, teniendo en cuenta la diversa aptitud de los cónyuges según su sexo, las leyes les han asignado distinta posición en la familia, procurando conservar el hermoso principio de unidad en que se inspira el matrimonio. En él, como en toda sociedad, es indispensable una cabeza, una individualidad que le represente y le dirija, y para que la dirección exista en condiciones de eficacia, se impone el establecimiento de relaciones de autoridad y de subordinación.

La autoridad casi no es necesaria, y apenas se dibuja dentro de los circunscritos límites de la vida íntima del hogar, donde la energía de caracteres, en normalidad de condiciones, no tiene ocasión de manifestarse externamente, ni es aceptable la exis-

tencia de un poder arbitrario ni omnímodo, sino lógico y benévolo.

En ninguna sociedad civilizada se concede hoy al hombre sobre la mujer el poder que se le otorgó en la antigua Roma; pero tampoco en ninguna se ve al marido sujeto al dictamen de los parientes y forzado á darles intervención en asuntos delicadísimos que en la actualidad, en el hogar tienen origen y se resuelven dentro del mismo. No existen ya el *judicium domesticum* ni el *de moribus* (1), pero sin su garantía, la mujer goza de una libertad é independencia, en que jamás soñaron las altivas matronas romanas.

¿A qué principios obedece hoy el régimen de la familia?

Bajo tres distintos es posible su desarrollo, según las escuelas filosóficas, pudiendo ser conocidas las teorías más admitidas merced á la clasificación siguiente: Primera. Teoría de la tradición, en la cual se afirma la inferioridad de la mujer respecto al hombre. Segunda. Teoría del sentimentalismo, que proclama caballeresca y galantemente la igualdad de la mujer con el marido. Tercera. Teoría científica, que no admite predominio del varón sobre la hembra, ni la igualdad entre los dos sexos (2).

En esta última se fundamentan la mayor parte de las legislaciones modernas, siendo evidente que no existe superioridad ni inferioridad entre el varón y la hembra, puesto que su diferente misión y diverso destino ha hecho que en uno se desarrollen aptitudes y condiciones innecesarias al otro; siendo marido y mujer dos seres que se complementan, pero no se sustituyen.

Sin la mujer pierde el hombre su amor al trabajo, su emulación en la lucha y las aspiraciones ambiciosas que ponen de manifiesto sus facultades. La mujer, dentro de la familia, sometida por el cariño, tiene ocasiones de dar expansión á sus sentimientos de ternura, su amor al sacrificio, y perspicacia que hace mu-

(1) Prieto Cogliolo, *Storia del Diritto romano*; Florencia, 1886.
(2) Thulie, *La Femme*, Bibliothéque antropologique. París, 1885.

chas veces acertada su intervención asesora en el manejo de los bienes de la sociedad conyugal, no en virtud de permisión de la ley, sino por concesión graciosa de su consorte.

Los deberes de los contrayentes, unos son recíprocos, y otros, como el de obediencia, asignables únicamente á la esposa; los derechos objeto de las disposiciones de esta sección se conceden también con carácter de mutualidad, y si parece por ellos beneficiado el marido, inspírase, para otorgárselos el legislador, en la necesidad de protección en que se halla la mujer por su debilidad y falta de experiencia y facilidad, por lo tanto, de incurrir en error.

ARTÍCULO 56

Los cónyuges están obligados á vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

ARTÍCULO 57

El marido debe proteger á la mujer, y ésta obedecer al marido.

ARTÍCULO 58

La mujer está obligada á seguir á su marido donde quiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán con justa causa eximirla de esta obligación cuando el marido traslade su residencia á Ultramar ó á país extranjero.

La prescripción del art. 56 abraza tres distintos extremos, que alcanzan después desarrollo en los artículos sucesivos: 1.º, vida en común de marido y mujer; 2.º, fidelidad mutua; 3.º, recíproco auxilio.

Afectan al primer extremo cuantas disposiciones regulan el establecimiento del domicilio conyugal y las que determinan la excepción utilizable por la mujer para no seguir á su marido. Completan, pues, el sentido del primer inciso del art 56, el 58 y las disposiciones 1.ª y 2.ª del 68. Es relativa al segundo en

cuanto impone como indispensable la fidelidad mutua, la causa primera de divorcio, según el art. 103; y emanan de la obligación de socorrerse mutuamente, la prestación de alimentos por el marido á la mujer conforme á la disposición 4.ª del 68 y á la 5.ª del 73, y muy especialmente el núm. 1.º del 143, según el cual, los cónyuges están obligados á darse lo necesario para sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

No es, pues, única y exclusivamente el art. 56 la expresión de un precepto moral, sino que existen medios legales de obtener el cumplimiento de cada uno de los deberes que impone, y la doctrina que expone tiene precedentes válidos tanto en la legislación patria como en la de muchos países extranjeros.

Pueden recordarse entre nuestro derecho la ley 1.ª del título 2.º de la Partida 4.ª, que, al definir el matrimonio, dice que es «ayuntamiento de marido é de mujer fecho de tal entención de *vivir siempre en uno, e de non se departir; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, é non se ayuntando el varon á otra mujer, nin ella á otro varon, viviendo ambos á dos*»; los arts. 57 y 43 de los proyectos de Código civil de 1851 y 1882, y el 43 de la ley de 18 de Junio de 1870.

El domicilio de la mujer casada se ha supuesto siempre en el de su marido, y así lo establece el art. 64 de la ley procesal civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior y posterior á aquélla, cuya aplicación hace prácticas las consecuencias del principio contenido como sustantivo en los textos expresados. Como contraria á la esencia del matrimonio y fuera de los casos de excepción que habrán de determinarse más adelante, no puede admitirse que marido y mujer vivan separados, y aun cuando en realidad suceda, el legislador supone que la hembra sigue al varón, el cual, con su residencia en punto determinado, constituye para los efectos legales el domicilio de la sociedad conyugal, siendo, por lo tanto, inválidas cuantas convenciones se hagan para burlar el principio, pues no tienen carácter de exigibles en derecho, por cumplida y convincente que sea la prueba acerca de ellas.

El Código civil suizo, más flexible en este punto que la generalidad de los demás, admite explícitamente que podrá uno de los esposos tener su morada separada de la del otro durante el tiempo que lo exijan su salud, su reputación ó la prosperidad de sus asuntos gravemente amenazados por la vida en común.

El deber de fidelidad no sólo está reconocido por las leyes 1.ª y 2.ª del ya citado título y Partida, sino sancionado por los artículos 448 y 452 del Código penal vigente, que castigan con prisión correccional el adulterio de la mujer en todo caso, y el amancebamiento del marido si hubiere escándalo, constituyendo uno y otro delito causas de divorcio, según el núm. 1.° del art. 105, á cuyo comentario, para evitar repeticiones, nos remitimos.

La tendencia legislativa, fuera de España, parece encaminarse á abolir la punibilidad del adulterio y no dejar á éste otra sanción que la separación ó el divorcio. Inglaterra, el estado de Nueva York y el cantón de Ginebra, atribuyen ya al adulterio efectos meramente civiles; y en Francia se han presentado Proyectos suprimiendo las penas contra dicha falta.

La vida en común y la observancia de la fidelidad no bastan á llenar las condiciones esenciales del matrimonio, y á significar de una manera acabada la unión íntima que por él se realiza; es menester que dichas y penalidades afecten por igual al uno y al otro cónyuge, y que cada uno de éstos reciba del otro auxilio y asistencia en sus enfermedades, como lo prescribió la ley 7.ª del tít. 2.° de la Partida 4.ª en estas frases: «Si alguno de los que fuesen casados cegase, ó se ficiese sordo, ó contrecho, ó perdiese sus miembros por dolores ó por enfermedat ó por otra cualquier; por ninguna de estas cosas, nin aun que se ficiese gafo, non debe el uno desamparar al otro ... deben vivir en uno et servir el sano al otro et proveerle de las cosas que menester son, segunt su poder.»

En la práctica no han de bastar los más enérgicos requerimientos judiciales para que se haga, merced á ellos, lo que el cariño no dicta, y así, pues, no será realizable el derecho que el artículo reconoce al cónyuge necesitado de socorro y asistencia

para que el otro se los preste; pero respecto á alimentos, como el deber se concreta en otras disposiciones de este mismo Código y existen medios de apremiar á que se den, y formas establecidas para garantizar el cumplimiento de una resolución judicial, no es vana la declaración del derecho.

En esta parte, relacionando el Tribunal Supremo la doctrina del art. 56, con las de los arts. 143, 148, 151 y 152 en sentencia de 3 de Noviembre de 1905, sienta la doctrina siguiente: «La prescripción del art. 143 núm. 1.º de que los cónyuges están obligados recíprocamente á darse alimentos, no puede menos de estar subordinada á las demás disposiciones del mismo cuerpo legal que regulan la organización de la familia y los deberes de los esposos no separados legalmente, entre los que se hallan los de vivir juntos y socorrerse mútuamente, como previene el artículo 56, y esto supuesto, la obligación de suministrar alimentos el cónyuge que tenga bienes al que carece de ellos y los necesita para subsistir, se ha de entender limitada al caso en que, con arreglo á derecho, se haya decretado la separación de los mismos, ya interina, ya definitivamente, caso que con relación al marido sólo puede llegar cuando se dicta contra él sentencia de divorcio y se le priva de la administración de los bienes de la sociedad conyugal. De prevalecer la doctrina contraria, se vendría á sancionar que los unidos por el vínculo del matrimonio, podrían prescindir de él separándose por su propia voluntad, estableciendo en contra del precepto del art. 56, un estado de derecho completamente incompatible con la naturaleza y efectos del matrimonio, prescindiendo de los deberes inherentes al mismo, y perturbando la unidad de la familia en oposición de lo que la ley de acuerdo con la moral establece». El marido, pues, con arreglo á esta sentencia, no puede pedir alimentos á su esposa para vivir con separación, sino que debe habitar con ella y administrar sus bienes, socorriéndose mútuamente bajo esa base, con arreglo al art. 56. Volveremos sobre esta doctrina al comentar el art. 143.

La protección por parte del marido á la mujer se realiza me-

diante la facultad que al primero se le concede para examinar los actos y contratos en que haya de interesarse aquélla, y otorgar ó negar la licencia indispensable para su comparecencia en juicio: intervención que se cimenta y funda en las diferentes aptitudes de varón y hembra, las que, sin significar la inferioridad de ésta, determinan la posibilidad de que obre irreflexivamente perjudicando sus propios intereses.

Por imposición de Napoleón, que decía ante el Consejo de Estado *La nature a fait de nos femmes nos esclaves*, se estableció en el Código francés el deber de obediencia que ha pasado á los de Holanda, Bélgica y España, y que es tan censurado por los feministas. Muchos de los Códigos más recientes, el italiano, el alemán, el suizo, sin dejar de reconocer al marido un derecho de decisión en los asuntos de la vida común, modifican la situación de la mujer, que más que subordinada viene á ser asociada y cooperadora de su esposo.

Contiene el art. 58 la excepción del precepto del 56 respecto á la obligación de vivir juntos los cónyuges puesto que, después de confirmar lo que aquél dispone, imponiendo á la mujer el deber de seguir á su marido donde quiera que se establezca, permite la intervención de los tribunales y que éstos opongan su veto á la voluntad y mandato del marido, cuando éste pretenda fijar su residencia en Ultramar ó en país extranjero.

¿A qué tribunal ha de dirigirse la mujer significando su oposición de seguir al marido?

No puede desconocerse que debe buscarse un procedimiento sumario, breve y sencillo que, garantizando los derechos de ambos cónyuges, no convierta al art. 56 en fuente de costosos y funestos litigios; que se impone la necesidad de añadir á la ley de Enjuiciamiento civil reglas de tramitación para el caso, ó la de establecer en un reglamento la forma de que se solicite, se funde y se dicte la resolución judicial.

Mientras esto se hace, en la actualidad la mujer ha de ejercitar su derecho en juicio de mayor cuantía (1), pues es inestima-

(1) Fonseca, *Comentario al art. 58*. REVISTA DE LEGISLACIÓN. Tomo LXXIV, páginas 15 y 453.

ble lo litigiosa de la declaración objeto de la súplica, y no puede suponerse que la resolución judicial ha de impetrarse en un acto de jurisdicción voluntaria, porque *a priori* existen elementos de contención, cuales son: la voluntad significada por el marido de fijar su residencia en Ultramar ó en país extranjero; la negativa de la mujer á seguirle; la obligación de hacer lo que nace del imperio del art. 56, y la excepción que puede apreciarse según el que comentamos.

Es, pues, innegable, conforme al art. 483 de la ley de Enjuiciamiento civil, que procede entablar un juicio declarativo de mayor cuantía, con la posibilidad de segunda instancia y recurso de casación; es decir, con todas las consecuencias morales y materiales de un litigio.

La ley de Matrimonio civil, al fundar en su exposición de motivos la prescripción del art. 48, dijo: «Cuando el marido vaya á residir al extranjero, *tan poderosos motivos* podrán asistir á la mujer para no acompañarle, que en el proyecto se autoriza á los tribunales para que *con el pleno conocimiento de causa bastante, que siempre habrá de ser muy grave y excepcional*, la eximan de la obligación que el artículo impone», y éste determinaba que pudiesen los tribunales eximir á la mujer de la obligación expresada *con conocimiento de causa.*

Era más claro, más concreto, más preciso, en fin, el fundamento del texto que el texto mismo; pero sumados ambos, dan el resultado de apreciar que la *justa causa* á que hoy se refiere el art. 58, ha de ser de entidad y transcendencia, pues no ha de autorizarse la excepción de un precepto tan de esencia en el matrimonio como la vida en común, en fútiles preceptos, caprichos femeniles, fantásticas repugnancias y temores.

La existencia de una mortal epidemia, oficialmente declarada en el país á que el marido ha de trasladarse, ó el hallarse aquél en guerra, ó el peligro de que la administración de los bienes exclusivos de la mujer quede desatendida, ó la enfermedad grave de ella ó de alguno de sus hijos, ó la imposibilidad de que éstos puedan completar su educación en el punto donde

su padre ha de residir en adelante, pueden ser motivos de que los tribunales hagan uso de la excepción del art. 58.

En el caso de que el cumplimiento de una condena obligue al marido á salir de la Península, el forzar á su mujer á seguirle sería tanto como imponerla una pena, haciéndola sufrir directamente las consecuencias de la que su esposo mereció; de forma que aun cuando no exista la interdicción civil, y, por lo tanto, subsista la autoridad marital, no puede ésta tener tanto alcance, y la mujer, bajo el amparo de los tribunales, puede recabar su libertad y seguir ó no á su esposo, participando de sus trabajos y miserias.

En el Código francés el art. 214 que obliga á la mujer á vivir con su marido, asigna á éste el deber de tenerla en su compañía y proporcionarla, con arreglo á su estado, cuanto le sea preciso; pero el precepto no tiene excepción, y donde quiera que él vaya va también ella, pues contra la opinión de Pothier (1) y el proyecto de Código, se impuso la voluntad de Napoleón que sostuvo el precepto como general y absoluto, y así está hoy vigente, no sin ser combatido por diversos comentaristas, que aun queriendo matar en su germen toda clase de pretextos y artificios de que creen capaz á la mujer para no seguir la suerte del marido, tratan no sólo de que se exceptúe el caso en que por motivos políticos lleguen á prohibir las leyes la emigración y el marido trate de infringirlas, sino aquel en que la salud de la mujer se resienta y no sean bastantes sus fuerzas para participar de las contingencias de una vida de aventuras que desee emprender su cónyuge. Puesta en peligro la existencia de la mujer, dice un autor francés, debe recordarse ante todo que el marido la debe protección (2), con lo cual significa que pueda invocarse el artículo del Código que así lo dice, para contrarrestar lo absoluto del principio que contiene el 212.

La mayoría de las legislaciones reconocen explícitamente

---

(1) *Du contrat de mariage.*
(2) Demolombe, *Cours de Code Napoleón. Du mariage.*

algún caso de excepción á la obligación de la mujer de seguir al marido, pero siempre en hipótesis muy determinadas y obligando á los tribunales á hacer uso de esta facultad con mucha parquedad y prudencia. En Chile está la mujer dispensada de acompañar al marido en caso de peligro inminente para la vida de aquélla. Portugal, Grecia, Rusia y Méjico se fijan preferentemente en el caso de que el marido traslade su residencia al extranjero. Nuestro Código es tan restrictivo que sólo dispensa á la mujer cuando medie esta circunstancia y la concurrencia de justa causa.

Claro es que si el marido abandona el hogar conyugal para emprender una vida errante y vagabunda, la mujer no está obligada á seguirle en ella, pudiendo en el caso de ser maltratada ó ver en su casa una rival, solicitar el depósito que autorizan los artículos 1880, 1881 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, entablando la querella correspondiente dentro del plazo de treinta días, como dispone el 1890, debiendo advertir que dicho plazo es prorrogable de oficio ó á instancia de parte, según los casos previstos en los 1891 y 1893

ARTÍCULO 59.

El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el art. 1384.

Si fuere menor de dieciocho años, no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre; y á falta de ambos, sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

En ningún caso, mientras no llegue á la mayor edad, podrá el marido, sin el consentimiento de las personas mencionadas en el párrafo anterior, tomar dinero á préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces.

ARTÍCULO 60

El marido es el representante de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí ó por medio de Procurador.

No necesita, sin embargo, de esta licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar ó defenderse en los pleitos con su marido, ó cuando hubiere obtenido habilitación conforme á lo que disponga la ley de Enjuiciamiento civil.

ARTÍCULO 61

Tampoco puede la mujer, sin licencia ó poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley.

ARTÍCULO 62

Son nulos los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos, salvo cuando se trate de cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia, en cuyo caso las compras hechas por la mujer serán válidas. Las compras de joyas, muebles y objetos preciosos, hechas sin licencia del marido, sólo se convalidarán cuando éste hubiese consentido á su mujer el uso y disfrute de tales objetos.

ARTÍCULO 63

Podrá la mujer sin licencia de su marido:

1.º Otorgar testamento.

2.º Ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto á los hijos legítimos ó naturales reconocidos que hubiese tenido de otro, y respecto á los bienes de los mismos.

I

Administración de los bienes de la sociedad conyugal.

La necesidad de subvenir á las cargas del matrimonio allegando elementos para ello, el marido con su inteligencia y trabajo y la mujer con sus condiciones innatas para el ahorro, hicieron ver la procedencia de dictar reglas según las cuales, no solamente había de quedar establecida la forma de constituirse las aportaciones respectivas, sino la de obtener el mayor beneficio posible por medio de una acertada administración.

El definir cada una de dichas aportaciones y determinar sus efectos no es para este lugar, pues ambos objetos pueden ampliamente cumplirse en el tít. 3.° del libro 4.° de este Código, á cuyo comentario hemos, pues, de remitirnos.

La letra del art. 59 no da lugar á dudas. Excepto los bienes parafernales y fuera de los casos en que una estipulación previa al matrimonio quite eficacia al precepto, el marido administra todos los de la sociedad conyugal *ob præsumptam duntaxat majorem prudentiam et onera matrimonii et incumbentia debetur* ( ). Desde este punto de vista, el Derecho romano hizo al marido dueño de los frutos de la dote (2), dando elementos de vida á la sociedad que se establecía, cuya necesidad tuvieron presente las leyes de Partida ( ) al determinar que *los maridos usen de los bienes de sus mujeres é se acorran con ellos cuando les sea menester*, y que *el marido debe ser señor é poderoso de todo é de recibir los frutos de todo comunalmente para mantener é guardar el matrimonio.*

Aunque corresponde á la mujer la administración de sus

---

(1) Heineccio, *Elementa juris naturæ et gentium.*
(2) Dig., libro 23, tít. 3 , ley 7.ª
(3) Ley 5.ª, tít. 2.°, Partida 3.ª, y ley 7.ª, tít. 11, Partida 4.ª

bienes parafernales á no cederla á su marido, los frutos de esos bienes pertenecen á la sociedad conyugal, se destinan á sostener las cargas del matrimonio, y son administrados por el marido. No es obstáculo para ello el que los cónyuges se hallen separados convencionalmente, porque esta separación no produce legalmente efectos jurídicos, ni cabe sostener que en tal caso el marido no debe administrarlos por no haber, de hecho, cargas matrimoniales que levantar, mucho menos cuando quedan hijos, cuya alimentación y educación incumbe al padre en primer término. (Sentencias de 11 de Octubre de 1902 y 2 de Enero de 1909).

En los bienes de la sociedad de gananciales, no tiene la mujer verdadero condominio, siendo su único derecho percibir la mitad á la disolución de dicha sociedad; el marido es el designado por la ley para administrar esos bienes y contratar sobre ellos sin consentimiento de su mujer, y por lo tanto, ésta, á título de condueña, no puede retraer los de aquella clase vendidos judicialmente á consecuencia de embargo. (Sentencia de 28 de Febrero de 1898).

Quedan, pues, en poder del marido, al efecto de administrarlos por el hecho del matrimonio, cuantos medios económicos se han acumulado, con la única excepción de los bienes parafernales cuya administración se supone como facultad de la mujer, siempre que no abdique de ella; pero tiene el principio tal extensión y alcance, que las leyes españolas permitieron en algún caso, que los que, como menores de edad no podían disponer de lo propio, estuviesen en condiciones de malbaratarlo contrayendo matrimonio, cuyo hecho entregaba el caudal de la mujer en sus manos. Así lo estableció la pragmática de 11 de Febrero de 1623, que, sin embargo, fué aplicada con las limitaciones necesarias; pues no se entendió que cerraba el paso á los efectos de la *restitución in integrum* durante el cuadrienio legal, ni excusaba de la necesidad de curador para suplir la capacidad en caso de comparecencia en juicio, ni dispensó en caso de enajenación ó gravamen de bienes raíces de las formalidades que como regla

general se contenían en las leyes que se dirigían á hacer práctica la protección á los menores.

Los arts. 45 y 46 de la ley de 18 de Junio de 1870 establecieron el principio que como favorable *á la felicidad y frecuencia del estado de matrimonio* había expresado Felipe V, pero definiendo concreta y determinadamente su alcance con gran claridad y precisión, y todavía les aventaja en estas condiciones el precepto del artículo objeto del comentario.

Según el mismo, los maridos mayores de veintitrés años administran lo suyo y lo de la sociedad legal, enajenan y gravan; los mayores de diez y ocho y menores de veintitrés administran también, pero no pueden tomar dinero á préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces de dicha sociedad, ni comparecer en juicio sin el consentimiento ó asistencia de su padre; en defecto de éste, sin el de la madre, y á falta de ambos, sin el de un tutor que supla su falta de capacidad; y los menores de diez y ocho años, aun para administrar necesitan el consentimiento de dichas personas. Nótese que sólo se exige para esos actos el consentimiento de las personas indicadas, y no la autorización judicial que antes era necesaria.

La sentencia de 3 de Marzo de 1911 declara que si bien del art. 59 se desprende que cuando el marido es menor de edad, no puede autorizar á su mujer para la enajenación de sus bienes sin el consentimiento de las personas llamadas por la ley para suplir la falta de capacidad de aquél, este requisito debe entenderse cumplido en el caso de que el padre del menor haya intervenido en el contrato como parte interesada, con conocimiento de la menor edad de su hijo.

Era cuestión muy debatida entre los prácticos antes de regir el Código civil, si los casados menores de edad, pero mayores de diez y ocho años, tenían capacidad para comparecer en juicio por sí y á nombre de sus mujeres, y de ella nos hicimos cargo en nuestros comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil (página 31 del tomo I) resolviéndola en sentido negativo. Esta cuestión ha sido resuelta en este mismo sentido por el Código

civil, declarando que los menores de edad emancipados no pueden comparecer en juicio sin la asistencia de sus padres, ó de un curador, como se ha indicado.

Con este objeto, al revisar y corregir la primera edición del Código en cumplimiento de la ley de 26 de Mayo de 1889, en el art. 59, que estamos comentando, se adicionó el inciso «Tampoco podrán comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas», cuya adición se hizo también con el propio objeto al final del art. 317. Pero nos ha sorprendido ahora verla colocada en el párrafo 2.º de dicho art. 59, en el que se determina lo que no puede hacer el casado menor de dieciocho años, cuando su colocación natural, para que llenara su objeto, era en el párrafo 3.º del mismo artículo, como se acordó. Esta equivocación dejaría subsistente la duda antes indicada si no la resolviera de un modo claro y terminante el art. 317, al que es preciso atenerse para salvar la antinomia que resultaría entre esas disposiciones, si la prohibición de comparecer en juicio se aplicase solamente á los casados menores de dieciocho años.

Según el art. 315, el matrimonio produce de derecho la emancipación del menor, con las limitaciones contenidas en el 59, refiriéndose lo mismo al marido que á la mujer en su caso, y lo mismo á las limitaciones que se imponen al mayor de dieciocho años y menor de veintitrés, que á las que afectan al menor de aquella edad, puesto que el matrimonio que es el caso especial de emancipación á que el art. 315 se refiere, puede contraerse desde los catorce ó los doce años de edad respectivamente. No obstante, el art. 317, ya señala los efectos de la emancipación en general, ya sólo los de la emancipación voluntaria, que sólo puede concederse á los mayores de dieciocho años, puede servir para aclarar el precepto del 59, puesto que se refiere á situaciones idénticas, y en él se declara que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue á la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre, en defecto de

éste sin el de su madre, y por falta de ambos sin el de un tutor» (lo mismo que el párrafo 3.º del art. 59), y añade: «Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.» Siendo aplicable esta disposición, como lo es, á los emancipados por el matrimonio, resulta clara y terminante la prohibición de comparecer *por sí solo* en juicio al casado que sea menor de edad, aun ateniéndose á la letra de dichos dos artículos, pues al menor de dieciocho años se lo prohibe el 59, y al mayor de esta edad que no haya cumplido los veintitrés años el 317.

Sobre este punto, ó sea sobre la aplicación del art. 317 á la emancipación por el matrimonio, la Dirección general de los Registros, después de aceptar como buena la doctrina, cambió radicalmente de opinión, en nuestro concepto sin verdadera razón legal que justificara tal cambio, sosteniendo que ese artículo sólo se refiere á la emancipación por concesión paterna, como puede verse en las resoluciones de 14 de Diciembre de 1896, 24 de Enero de 1901 y alguna otra, cuyo estudio debemos hacer en su lugar más oportuno, que es el comentario del artículo 317.

En la primera de dichas resoluciones se afirma con completa exactitud que el art. 59 sólo se refiere al marido menor de veintitrés años, no pudiendo aplicarse á la mujer, pero esto debe entenderse examinando aisladamente el art. 59, pues al relacionarle con el 315, resulta indudable: 1.º Que en los casos en que la mujer administra por cualquier causa, como emancipada por el matrimonio, ha de serle aplicable el art. 59. 2.º Que bajo esta base, es indiferente que el art. 317 se refiera á todas las clases de emancipación ó sólo á la voluntaria, puesto que los efectos son idénticos ya se aplique también ese artículo á la emancipación por el matrimonio, ó se prescinda de él, aplicando el 59.

Ultimamente la Dirección de los Registros (Resolución de 17 de Julio de 1907) ha vuelto á abandonar esta interpretación, aceptando la del Tribunal Supremo en sus sentencias de 8 de Junio de 1904 y 19 de Junio de 1906, á saber: que el matrimonio, lo mismo del varón que de la mujer, produce de derecho la

emancipación, con las limitaciones contenidas en el expresado artículo 59, de lo cual lógicamente se deduce que la mujer casada menor de edad necesita también obtener el consentimiento de dichas personas, por el orden que subsidiariamente se indican, para gravar ó enajenar los bienes raíces de su propiedad, puesto que ésta es una de las limitaciones que dicho artículo contiene.

Ordena la ley, como se ha dicho, que á falta de padre y de madre, intervenga y preste su consentimiento un tutor para que el menor casado pueda tomar dinero á préstamo, gravar ó enajenar bienes inmuebles ó comparecer en juicio. Ese tutor habrá de ser el que tuviese el menor antes de casarse y deberá proceder con la autorización del consejo de familia, á quien habría correspondido en su caso dar la licencia para el matrimonio. Pero si el menor carece de tutor, como sucederá siempre que hayan fallecido sus padres después de casado, será preciso habilitarle de un tutor especial, puesto que los menores emancipados legalmente no están sujetos á la tutela ordinaria, ni debe constituirse para ellos el consejo de familia, conforme á los arts. 200 y 293. En tal caso, creemos aplicable por analogía la disposición del artículo 165: á petición del menor, el juez conferirá el cargo de tutor ó defensor al pariente á quien correspondería la tutela legítima, y á falta de éste, á otro pariente ó á un extraño, sin exigirle fianza, empleando el procedimiento que ordena la ley de Enjuiciamiento civil para el nombramiento de curadores para pleitos.

Ese tutor, ¿exige el indispensable cortejo de protutor y consejo de familia como en casos ordinarios? Ya hemos indicado nuestra opinión. Sostiene lo contrario el ilustrado autor de una obra sobre el consejo de familia en España, bajo el supuesto de que tutor, protutor y consejo de familia son tres instituciones que constituyen hoy la tutela, y son realmente inseparables, y de que debe estimarse aplicable al caso el art. 269 en lo relativo á enajenaciones. Estimamos que el Código distingue con perfecta claridad entre la capacidad de los menores, según que estén

ó no casados, y aplica el art. 269 y los demás relativos á la tutela sólo á los menores no emancipados, sin que la necesidad de una persona que complete la personalidad del marido menor, supliendo sus pocos años y su natural inexperiencia, exija ese cúmulo de formalidades y personas que lleva consigo la tutela ordinaria. El tutor de que habla el art. 59 es un tutor especial, un verdadero defensor de los intereses del menor, pero no administra, ni ha de prestar fianza, ni hay precepto alguno que le obligue á obrar bajo otra tutela, la del consejo de familia y el protutor.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de Febrero de 1902, acepta nuestra opinión, estableciendo la siguiente doctrina: «La intervención obligada del tutor, en defecto del padre ó de la madre, cuando el menor de edad casado intente tomar dinero á préstamo y gravar ó enajenar bienes raíces, es absolutamente idéntica á la de éstos (el padre ó la madre), toda vez que la ley no distingue ni exige que el tutor, á su vez, impetre para ello del consejo de familia la correspondiente autorización, como la requiere expresamente para casos distintos, y no sería conforme, no ya con la letra, sino con el sentido y espíritu de la ley, extender las funciones del consejo de familia á otros actos que aquellos que taxativa y concretamente están señalados en la misma, pretendiendo aplicar la restricción del núm. 9.º del artículo 269, establecida exclusivamente para el tutor, cuando la tutela funciona en toda su integridad, cuando el tutor absorbe totalmente la personalidad del menor, *cuando se trata de actos propios suyos*, á un estado de derecho fundamentalmente distinto creado por el matrimonio del menor, para el que rigen las disposiciones especiales que el legislador ha conceptuado suficientes al objeto de garantir los intereses del menor en su nuevo estado, cual lo revelan los preceptos de los arts. 1352, 1359 y 1361, encaminados á igual fin, siendo de tanta mayor fuerza estas consideraciones, cuanto que el consejo de familia interviene sólo aquellos actos del tutor expresamente determinados.»

Puesto que la sociedad conyugal puede regirse en sus fines

económicos con arreglo á estipulaciones previas á su constitución, claro es que de los pactos que en ellas se otorguen dependerán las facultades del marido sobre la administración de dicha sociedad, pudiendo únicamente, y con arreglo á la ley determinarse éstas según el art. 59, con respecto á los bienes dotales, parafernales y gananciales en cuanto pueden constituir elementos aportados para levantar las cargas del matrimonio.

El derecho romano entregó al marido los productos de la dote, *dotis fructum ad maritum pertinere debere* (1) y este principio general, fundado en que los bienes que la constituían se destinaban *ad ferenda matrimoni onera*, pasó á nuestras leyes, pues según la 1.ª, tit. 11, Partida 4.ª, la dote es *donacion fecha con entendimiento de se mantener é ayuntar el matrimonio con ella.* En la actualidad, siendo la dote estimada, pasa al marido el señorío de ella, con las limitaciones de los arts. 1349 y siguientes, y no teniendo tal concepto, el presente Código, en su art. 1357, le otorga la administración, no pudiendo, por lo tanto, tener cabida alguna.

Es elemental en derecho que á cuantos bienes ganan ó compran marido y mujer durante el matrimonio (*pariter viventes*) se les asigna sin contradicción el carácter de comunes, indican la prosperidad de la sociedad conyugal y constituyen su fondo de reserva, y bajo este concepto su administración es también del marido, debiéndose acudir para conocerlos á los artículos 1401 al 1407; para determinar su aplicación, destino y responsabilidades que deben cubrir, á los 1408 al 1411; para enumerar las facultades del marido sobre ellos, al 1412 y siguientes, y para fijar el término de la sociedad y forma de liquidarse, á los 1417 al 1431, bastando estas citas para concretar los efectos del artículo 59, sin anticipar cuestiones que han de tratarse en los referidos.

Admitida en el Código la libertad de estipulación con arreglo á la base 22 y al art. 1315 que la desarrolla, puede quedar

(1) Dig., lib. 23, tít. 3.º, ley 7.ª

sujeta la familia á diferentes sistemas, sin que sea procedente hablar aquí de ellos, bastando dejar consignado que este principio, nuevo en la legislación castellana, puede llegar en la práctica hasta privar al marido de la administración, según expresamente lo consigna el texto del art. 59, equiparando el caso en que así suceda á lo que constituye la normal condición de los bienes parafernales.

II

Sobre la incapacidad de la mujer casada.

Nuestro Código y los de otros muchos países, en especialidad latinos (Francia, Bélgica, Holanda, Italia, Portugal, Rumanía, Chile, Méjico, Perú, etc.), aceptan, con más ó menos variantes, el sistema llamado de la autorización marital, según el cual la mujer no puede obrar sin licencia del marido, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio y aunque se adopte el de separación de bienes. El Código alemán, no obstante encontrarse con este sistema en muchos países del Imperio, se ha decidido á abandonarlo: es en él la licencia marital no una institución derivada de la esencia misma del matrimonio y común, por consiguiente, á todos los regimenes nupciales, sino que está subordinada á la naturaleza y fines de cada uno de éstos, y aun en el de unión de bienes, que es donde la autorización marital tiene más cabida, está contrapesada por la existencia de los *bienes reservados* de la mujer, importantísima institución aceptada también por el Código suizo.

Sobre el fundamento de la incapacidad legal de la mujer casada se han aducido diversas opiniones y teorías. Unos la creen establecida para afirmar el principio autoritario de la potestad marital y robustecerla: otros suponen que sólo cede en provecho de los intereses del matrimonio, los cuales, merced á ella, quedan garantidos; y tomando armas de los que como adversarios sostienen tan opuestas opiniones, los que sustentan una tercera

deducen, que no sólo se determina la expresión del principio que limita las facultades de la mujer cuando contrae matrimonio como reconocimiento del poder del jefe de la familia que viene á crearse, sino como necesario para precaver las consecuencias de la inexperiencia de la mujer.

Viuda ó soltera, la que es mayor de edad se maneja por sí misma, demanda y es demandada, compra y vende, se mueve, en fin, en la vida práctica con libertad plena, sin que piense el legislador en que la inexperiencia de la mujer pueda ser causa de que sufra lesión en sus intereses. ¿Es que el matrimono modifica las facultades intelectuales de la mujer, debilitándolas ó perturbándolas? No pudiendo suponerse esto, queda para los que así argumentan, como único cimiento del precepto legal, la autoridad del marido.

Ni esta teoría ni la que atiende sólo al interés exclusivo de la sociedad conyugal, inspiran el Código civil, que no pierde de vista que al constituirse una familia quedan subsistentes con independencia los derechos privativos y personalísimos de cada cónyuge, como lo reconoce el art. 63, haciendo práctica la doctrina.

No es que la mujer por el hecho de casarse pierda por completo las condiciones intelectuales á propósito para discernir lo que la es perjudicial de lo que la es favorable, sino que el marido tiene el deber de protección, y el precepto del art. 57, que así lo establece, no podría cumplirse si al obligado á ello no se le diesen medios.

Si por ejercitar una acción temeraria ó alegar una excepción fantástica perdiese la mujer el caudal propio, ó por querellarse injustamente se diese el caso de imponerla una condena con arreglo al art. 341 del Código penal, además de las costas del procedimiento á que se refiere el núm. 3.º del 240 de la ley de Enjuiciamiento criminal, podría exigirse responsabilidad al marido por no haber cumplido el deber de protección que le asigna este Código en su art. 57.

En dicho texto legal tiene base y cimiento el 60 y con él el 61,

pudiendo consignarse como única excepción, respecto á la comparecencia en juicio, el caso de haber de ser su marido el demandante ó demandado por ella, ó tener necesidad de querellarse contra el mismo. Ya indica el art. 60 la necesidad en que se halla la mujer de acudir á solicitar la habilitación correspondiente con arreglo al tít. 9.º del libro 3.º de la ley de Enjuiciamiento civil, y muy especialmente, á los arts. 1994 y siguientes hasta el 1201 inclusive de dicha ley.

Son precedentes legales de la prescripción, la ley 55 de Toro, según la cual, no puede la mujer «estar en juicio faciendo ni defendiendo sin la licencia de su marido, y si estuviese por sí ó por su procurador, no vala lo que ficiese», y el art. 49 de la ley de Matrimonio civil y las leyes de Partida, según las cuales, la mujer podía demandar en juicio á su marido sobre entrega de la dote que le dió si fuese «baratador ó destruidor de lo que oviere, ó fuesse jugador ó oviese malas costumbres», concediendo á cada uno de ellos acción utilizable ante los tribunales en muy contados casos, y nunca cuando «les nasciese denuesto ó mala fama», á no ser en caso de adulterio ó de delito de traición (1).

Han cesado hoy, por virtud de las prescripciones de Enjuiciamiento criminal y del Código penal, las limitaciones impuestas á la mujer por algunas leyes que en caso de adulterio la prohibían acusar del mismo al marido (2), y la de Partida, según la cual, «magüer el ome casado yoguiese con otra mujer, que non le puede acusar su mujer», porque «del adulterio que face el varon con otra mujer non nace daño ni deshonra á la suya (3).

La jurisprudencia ha tenido que aplicar frecuentemente el artículo 60.

Siendo el marido el representante de su mujer, no necesita de la autorización ni consentimiento de ésta para comparecer por ella en juicio, siendo válido el poder que otorgue por sí sólo el

(1) Leyes 5.ª, tít. 2.º, Partida 3.ª; 2.ª y 13 del tít. 9.º de la Partida 4.ª, y 29, tít. 2.º de la misma Partida.
(2) Ley 1.ª, tít. 21 del Ordenamiento de Alcalá.
(3) Ley 1.ª, tít. 17, Partida 7.ª

marido á un procurador (sentencia de 5 de Marzo de 1888.) Doctrina es ésta, conforme con la opinión de Goyena, que estimaba que, aun contra la voluntad de la mujer, podía el marido demandar sobre bienes propios de ella, y defenderse, por tener el concepto de menor sujeta á curatela.

Nos parece esta opinión algún tanto ofensiva á la personalidad de la mujer; prescindir en absoluto de ella cuando se trata de sus propios bienes y de sus particulares intereses, obligarla aun contra su voluntad á sostener un litigio, tal vez con su propio padre ó sus hermanos, porque así se obstine en hacerlo el marido, nos parece poco conforme con los adelantos de la civilización y con los respetos que la personalidad de la mujer merece, y hasta con lo que ordena el art. 1383 del Código. Tratándose de bienes de la sociedad de gananciales, bien está ese poder absorbente del marido; tratándose de bienes propios de la mujer, lo menos que puede exigirse es su consentimiento: consentimiento que no se opone á la representación de la mujer en juicio por su marido.

El art. 1383, á cuyo comentario nos remitimos, está suficientemente claro en esta cuestión, y la jurisprudencia va poco á poco rectificando su doctrina en interés de la mujer misma.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Mayo de 1905, repite que el marido como representante legítimo de su mujer, tiene personalidad para entablar el desahucio de fincas de la pertenencia de ella, y la de 12 de Diciembre de 1903, declara que, no constando el carácter de ciertos bienes por ser litigiosos, el marido es el representante legal de su mujer, pudiendo sin autorización ni consentimiento de ella, ejercitar las acciones que estime procedentes.

Pero las de 27 de Junio de 1903 y 24 de Diciembre de 1904 declaran que la mujer casada tiene capacidad para accionar en juicio con licencia de su marido, aun cuando la reclamación se refiera á actos de mera administración, y con mayor razón si afectan á bienes parafernales. La de 8 de Junio de 1904, aún va más allá, deduciendo del art. 315 en relación con los 317, 50

y 59, que la mujer, aun siendo *menor* de edad, puede comparecer en juicio con licencia de su marido. La de 5 de Julio del mismo año, niega al marido la facultad de intentar el juicio de testamentaría con relación á bienes parafernales.

La sentencia de 16 de Mayo de 1905 combatiendo una interpretación del art. 60, según la cual, el marido no puede demandar en juicio como representante legal de su mujer, sino que en vista de la cláusula segunda del primer párrafo del referido artículo, es la mujer la que debe comparecer con licencia de aquél, declara, por el contrario, que dicho art. 60 en su cláusula primera, de acuerdo con la doctrina tradicional en nuestro Derecho, dispone que el marido es el representante de su mujer, y esta prescripción, dada su generalidad, comprende la representación ante los Tribunales.

Véase el comentario de los arts. 1383, 1384 y 1387.

Autorizada la mujer por el marido para celebrar toda clase de contratos, administrar y disponer de sus bienes, y conferir poderes generales y especiales, está autorizada desde luego para comparecer en juicio, y puede ser demandada, citada y requerida de pago por falta de cumplimiento de un contrato, sin intervención de su marido. (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 y 27 de Junio de 1894.)

No produciendo efectos civiles el matrimonio secreto de conciencia no inscrito en el Registro civil, no necesita desde luego la mujer licencia del que se titula su marido para comparecer en juicio. (Sentencia de 22 de Julio de 1901.)

La de 4 de Abril de 1900 considera válida y eficaz la licencia concedida á la mujer por su marido, sin ella solicitarla, y aun contra su voluntad, para comparecer en juicio y defenderse por sí misma.

Según la sentencia de 13 de Octubre de 1911, el poder general para pleitos con la calidad de bastante otorgado por el marido á favor de un Procurador judicial, es suficiente para que éste pueda representar en juicio á la mujer de aquél, sin necesidad de que en dicho mandato se exprese que el marido le otor-

ga en concepto de representante legal de su consorte, porque este carácter lo tiene por ministerio de la ley conforme á lo prevenido en el art. 60 del Código.

El reconocimiento de una deuda hecho por la mujer por confesión en juicio, dice la sentencia de 5 de Octubre de 1901, debe estimarse nulo, si no se hizo previa la licencia marital; y la contracción de un préstamo por la mujer es nula, según la de 4 de Abril de 1911, si no consta la aprobación ó convalidación del marido.

La mujer casada que obtiene habilitación judicial para litigar, puede promover juicio en defensa de sus propios derechos, conforme al art. 60 del Código civil, sin que necesite licencia de su marido, ni autorización especial para hacerlos efectivos. (Sentencia de 4 de Abril de 1899.)

Según la sentencia de 18 de Enero de 1909, la autorización judicial concedida á la mujer para aceptar una herencia sin licencia de su marido, aunque esta habilitación se haga sin apreciar los motivos de la negativa de aquél, no infringe el art. 61; pues si en algún caso concreto pudiera ser necesario el conocimiento más ó menos detallado del asunto objeto de la habilitación, no es aplicable esta regla cuando se trata de la aceptación de una herencia y consecuencias legales de la misma, si el Tribunal ha tenido en consideración, de una parte, la actitud irregular del marido, y de otra, los perjuicios que con ella originó á su esposa y demás coherederos, fundamentos suficientes para justificar aquélla.

Sobre otros casos especiales, aplican el art. 60 la sentencia de 26 de Enero de 1901 y la resolución de 28 de Noviembre de 1899.

Los gastos y costas de los pleitos sostenidos entre marido y mujer deben ser pagados por el marido con arreglo á la jurisprudencia anterior al Código civil, confirmada después en sentencias de 15 de Abril de 1896 y 26 de Enero de 1897, si bien á los Tribunales corresponde apreciar la extensión que legalmente deben tener esos gastos para que no formen parte de ellos los

motivados por reclamaciones inútiles ó injustas que no deben obligar á la sociedad de gananciales, como reconoce la sentencia de 4 de Julio de 1896, que ha venido á repetirse en la de 14 de Octubre de 1905.

Respecto á la incapacidad de la mujer para adquirir, vender y obligarse (1), claramente se deduce de lo expuesto que se funda también en el deber de protección que su marido ha de prestarla, y tiene base histórica en las leyes de Toro y en el artículo 49 de la ley de Matrimonio civil, que también, como el 61 de este Código, excluye los casos establecidos por las leyes, refiriéndose, sin duda alguna, como luego ha de explicarse, al caso de la ausencia del marido; pues según los artículos 187 y 220, le corresponde la administración de los bienes del ausente, y con autorización judicial puede permutarlos, enajenarlos ó hipotecarlos, según el 188.

En caso de incapacidad, prodigalidad ó interdicción del marido, no rige tampoco el art. 61: la mujer no está obligada á solicitar la licencia, sino que es preciso acudir, según el 66, á los demás preceptos del Código que se contienen en los artículos 213 al 230 inclusives, en cuyos comentarios se expresarán los diferentes efectos que cada una de aquellas situaciones del marido puedan producir.

Es de advertir que, según los arts. 6.° al 12 del Código de Comercio, la mujer puede ejercerlo con la autorización del marido expresa ó presunta, y en dichos textos legales se contiene la doctrina que regula la forma de consignarse ó presumirse dicha autorización, los efectos que surte, la manera de ser revocada y la posibilidad de que los bienes propios de ambos cónyuges, como constituyendo el fondo de la sociedad conyugal, sean responsables de las operaciones mercantiles.

Establecida como indispensable la licencia del marido para la celebración de los actos y contratos expresados, la sanción

---

(1) Varios Fueros municipales determinan esta incapacidad, entre ellos, el notabilísimo de la antigua villa de Sepúlveda.

del Código civil se fija primeramente en la declaración de nulidad de los mismos, fundándose en los precedentes de las leyes de Toro y en el art. 50 de la ley de Matrimonio civil. Ya en ésta (art. 51) se expresaba un caso de excepción. La compra de joyas, vestidos y muebles preciosos hecha al fiado, únicamente se consolidaba cuando sin reclamación del marido las usase la mujer ó la familia; válida siempre la compra al contado de cosas muebles, y válida también la realizada al fiado de las cosas destinadas al uso de la familia. La misma doctrina se expresa hoy en el art. 62, si bien para la ratificación de la adquisición de joyas, muebles y objetos preciosos exige, no sólo que el marido la conozca y haya omitido hacer reclamación, sino que hubiese consentido á la mujer el uso y disfrute de lo comprado, de forma que el vendedor, para que prospere su acción fundada en el contrato, ha de justificar un extremo de tan difícil prueba, y no puede censurarse que el legislador lo haya consignado así para evitar que se menoscabe el patrimonio de la familia en la satisfacción de un afán de lujo, que constituye el principal vicio de la sociedad actual.

La ley de Partida no comprendió en la enumeración de los que podían hacer testamento á la mujer casada, pero tampoco la exceptuó; y la ley de Matrimonio civil en su art 53, expresó, que podía la mujer sin licencia de su marido otorgar testamento, disponiendo en él de sus bienes con las limitaciones establecidas por las leyes. El Código civil la reconoce el mismo derecho, de acuerdo con el francés que así lo prescribe en su art. 226, siendo muy pocos los códigos que obligan á la mujer á proveerse de la licencia marital para dicho objeto, como lo hacen el chileno y el colombiano.

Como la interpretación de todo precepto prohibitivo es restrictiva, ante el silencio del Código debe presumirse que la mujer puede publicar escritos originales, obras científicas y literarias y traducciones, sin necesidad de solicitar el permiso de su marido, como lo exigía la ley de 18 de Junio de 1870.

A este criterio amplio y generoso, fundado en las lecciones

de la experiencia, quizás sean debidos en adelante importantes trabajos, y aun cuando esto no pudiese esperarse, no por ello dejaría de ser digno de aplauso que el Código no hubiese trasladado á su texto el precepto duro y riguroso de la ley de Matrimonio civil.

Respecto á la publicación de las obras, á los detalles de su administración, pago de gastos, venta y probanza, rige la prohibición de la ley, y la mujer deberá suplir su incapacidad en la forma ya indicada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código civil, que debe estimarse aplicable aun después de regir el mismo, por no haber sido modificada sustancialmente en este punto nuestra legislación, tenía admitido que la licencia del marido á su mujer para contratar podía prestarse en cualquier forma con tal que constase que el marido consintió y aprobó las obligaciones contraídas por su mujer, y que sólo al marido corresponde pedir la nulidad de los actos ó contratos celebrados por su mujer sin su intervención ni licencia, por lo que tales actos no pueden considerarse nulos desde luego, sino simplemente anulables, como puede verse consultando las sentencias de 10 de Octubre de 1861, 14 de Noviembre de 1862, 20 de Junio de 1863, 27 de Junio de 1866, 9 de Octubre de 1868, 30 de Enero de 1872, 22 de Junio de 1880 y otras varias.

Después de regir el Código, la doctrina de los arts. 61 y 62 del Código, en relación con el 65, ha tenido que ser examinada repetidas veces por la Dirección general de los Registros, tratándose de enajenaciones ó gravámenes de bienes inmuebles ó derechos reales.

Dicha Dirección general tiene establecido:

1.º Que la licencia del marido es una facultad personalísima, que le corresponde como jefe de la familia para mantener el buen orden en ella, mediante una subordinación que sólo debe la mujer á su marido, y de ningún modo á otra persona, aunque el marido mismo quiera transmitir su autoridad, por lo que tal facultad no es delegable, siendo nulo el poder con-

ferido á tercero para este fin. (Resolución de 24 de Enero de 1898.)

2.º Que á los efectos del Registro, no basta la licencia verbal que la mujer asegure en la escritura que le ha sido concedida por su marido, pues si éste no interviene en el acto ó contrato, es ineludible, á tenor del art. 1280 del Código, núm. 5.º, que el poder ó licencia conste en documento público. (Resolución de 22 de Agosto de 1894.)

3.º Que los arts. 61 y siguientes son aplicables á las provincias regidas por Fueros especiales, como hemos expuesto en el comentario del artículo 12. (Resoluciones de 18 de Noviembre y 6 de Diciembre de 1898 y 10 de Agosto de 1902.) En la última de estas resoluciones se declara que, vigente en Aragón el artículo 61 del Código, por virtud de lo dispuesto en el 12, no es válida la adquisición de fincas hecha por el marido para su mujer, sino que deben ser adquiridas en tal caso por ella con licencia de aquél. Confirma la aplicación á Navarra del artículo 61, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Mayo de 1905.

Pueden consultarse también sobre el carácter que corresponde á los bienes que la mujer adquiere durante el matrimonio, las Resoluciones de 25 de Enero de 1883, 30 de Junio de 1880, 4 de Mayo de 1892, 22 de Mayo de 1895, 2 de Septiembre de 1896 y otras que deben ser examinadas en lugar más oportuno.

En el art. 65 nos ocuparemos de la nulidad de los actos ejecutados por la mujer casada sin licencia de su marido, pues dicho precepto reduce á sus naturales límites la terminante declaración con que empieza el art. 62.

En el 317 y en el 1387 corresponde examinar la cuestión de si son válidos los actos y contratos otorgados por mujer casada menor de edad sobre sus bienes parafernales, interviniendo sólo la licencia marital.

Al tratar de la fianza veremos si hoy puede la mujer salir fiadora por su marido ú obligarse mancomunadamente con él,

y caso de ser admisibles tales obligaciones, si cabe aplicar igual doctrina en los territorios regidos por fueros especiales.

Por último, según el núm. 2.º del art. 63, la mujer puede, sin licencia de su marido ejercer los derechos que le correspondan respecto á los hijos legítimos que hubiese tenido de otro. Júzgase incompatible este precepto con el del art. 168, que priva, como regla general, á la madre de la patria potestad sobre sus hijos, al contraer segundas nupcias. Sin perjuicio de insistir sobre esta cuestión al comentar dicho art. 168, debemos llamar la atención sobre el hecho de no hablar el art. 63 de patria potestad, sino en general de los derechos y de los deberes que á la madre puedan corresponder. Puede en casos excepcionales ejercer la patria potestad, tiene, aun sin ella, deberes que cumplir, y ya vimos en su lugar oportuno (art. 46) que á ella corresponde la facultad de dar licencia ó consejo á sus hijos para contraer matrimonio, como pueden corresponderle otros derechos emanados del vínculo natural que les une.

ARTÍCULO 64

La mujer gozará de los honores de su marido, excepto los que fueren estricta y exclusivamente personales, y los conservará mientras no contraiga nuevo matrimonio.

La ley 7.ª del tít. 2.º de la Partida 4.ª hizo á la mujer partícipe de los honores del marido, diciendo: «ha otra fuerza el casamiento, según las leyes antiguas, que magüer la mujer fuese de vil linaje, si casare con Rey, dévenla llamar Reyna, é si con Conde, Condesa; é aun despues que fuere muerto su marido la llamarán así, si non casare con otro de menor guisa. Ca las honras y las dignidades de los maridos han las mujeres por razon de ellos». En tal precedente buscó base el art. 55 de la ley de Matrimonio civil, que es el 64 de este Código, el cual únicamente ha sustituído las palabras *nuevo matrimonio* á las de *segundas nupcias;* pues claro es que no sólo las honras del primer marido

habían de gozarse por su mujer y excluirse las que pudiera alcanzar en un segundo ó posterior matrimonio.

ARTÍCULO 65

Solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia ó autorización competente.

Establecida la incapacidad de la mujer, la necesidad de que su marido la supla y la nulidad de los actos que sin licencia ejecuta, faltaba que se enumerasen las personas que pueden argüir dicha nulidad. Siendo elemental en derecho el principio de que á nadie es lícito el ir contra sus propios actos, la mujer no puede alegarla como se lo permite el Código francés en su art. 225, y solamente al marido ó á sus herederos cabe en nuestro derecho el hacerlo dentro del plazo de cuatro años, á contar desde el día de la disolución del matrimonio, con arreglo al artículo 1301.

Si la nulidad nace, no de la falta de licencia, sino de alguno de los demás vicios que invalidan los contratos, no será preciso esperar á que el matrimonio se disuelva para hacer la alegación, sino que únicamente se guardarán los términos marcados en el artículo 1301; es decir, que si hubo intimidación ó violencia como coetánea á la falta de autorización en la mujer, desde que aquel estado de presión cesó, aun cuando subsista el matrimonio, puede el marido ejercitar la nulidad, y en caso de error, dolo ó falsedad, empezará á contarse el cuadrienio desde que se consumó el contrato; y esto es así porque la prescripción del artículo 65 se da en beneficio de las personas que enumera, pero no para su perjuicio, y el perjuicio resultaría desde el instante en que tuviese el marido que sufrir los efectos de un contrato nulo hasta que el matrimonio se disolviese.

Según la ley de Matrimonio civil, en su art. 50, cabía que el marido ratificase expresa ó tácitamente aquellos actos y contratos, para otorgar los cuales prescindió la mujer de su licencia.

El presente Código, ni en su art. 62 ni en el 65 habla de dicha ratificación, y como no puede haber contrato sin consentimiento de los contratantes y la mujer casada no tiene capacidad para prestarlo, no parece posible que recaiga una confirmación válida, por prohibirlo el art. 1310. Sin embargo se trata de un caso especial, en el que hay que aplicar los artículos especialmente dictados para el caso, cuales son el 62 y el 65.

Declara el art. 62 nulos los actos ejecutados por la mujer sin licencia de su marido en los casos en que debe prestarse; pero con arreglo al que examinamos, y como era lógico y natural dada la razón del precepto, sólo el marido ó sus herederos pueden reclamar la nulidad de esos actos. De aquí dedujo el Tribunal Supremo, aplicando la ley del Matrimonio civil y las leyes anteriores que aceptaban la misma doctrina, en sus sentencias de 27 de Junio de 1866, 30 de Enero de 1872 y 14 de Noviembre de 1862, que los actos celebrados por la mujer sin licencia de su marido no son nulos, sino de posible anulación, por oponerse el marido ó sus herederos, porque la prohibición legal no ha sido establecida en favor de terceras personas, sino para diferente fin y objeto, es decir, en favor del marido, á quien la ley ha querido evitar los perjuicios y daños que pudieran irrogarse á la sociedad conyugal, de la que es el jefe.

La Dirección general de los Registros, después de la vigencia del Código civil, acepta la misma doctrina, y hasta considera inscribibles los actos y contratos otorgados por la mujer sin licencia de su marido, siempre que en la inscripción se haga constar esa circunstancia, para que sea conocida por los terceros que después hayan de contratar sobre los mismos bienes. (Resoluciones de 23 de Noviembre de 1892 y 22 de Agosto de 1894.) Parece que contradicen esta doctrina las de 24 de Enero de 1898, 29 de Marzo de 1901 y 21 de Abril de 1908; pero en la primera la cuestión que se ventilaba como esencial era la de si el marido podía facultar á un tercero para prestar la licencia, y en las segunda y tercera no se afirma que el contrato no sea inscribible, ni menos nulo desde luego, sino que la escritura no

fué extendida por el Notario, que fué el que interpuso el recurso, con sujeción á los preceptos legales. En 31 de Marzo de 1898 insiste la Dirección en su criterio favorable á la inscripción, no obstante la falta del requisito de la licencia marital.

Además, debe tenerse presente que aunque esta es la doctrina admitida en los casos normales, ó sea cuando la licencia del marido es necesaria, hay otros casos más ó menos excepcionales en que la mujer puede obrar sin necesidad de esa licencia, á los que en general alude la última parte del art. 61. Véanse los artículos 62, 63 y 66, y el comentario de los artículos 1384-1387, y de los que se ocupan de la separación de bienes en el matrimonio.

La sentencia de 1.º de Mayo de 1906 ha declarado que los términos del art. 65 patentizan que son las personas extrañas á la mujer las que pueden ejercitar la acción de nulidad contra los actos otorgados por ésta sin la autorización competente, y no la misma mujer, aun cuando para ello ostente distinta personalidad jurídica (en el caso, por ejemplo, de haber comparecido, no en su propio nombre, sino como tutora de su esposo incapacitado), porque dicha circunstancia no afecta á la realidad del hecho de haber sido ella la autora personal del acto nulo.

ARTÍCULO 66

Lo establecido en esta sección se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Código sobre ausencia, incapacidad, prodigalidad é interdicción del marido.

Las excepciones que establece este artículo, último de la sección 4.ª, de las prescripciones generales anteriores, quedan ya relacionadas al comentar el art. 61, y á cuyo comentario nos remitimos por tanto.

SECCION QUINTA

DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y LOS DEL DIVORCIO

Por haber faltado algún requisito esencial en su celebración ó por haberse verificado mediando un impedimento dirimente, el matrimonio puede ser nulo. De análoga manera, por la alegación probada de ciertos motivos graves y poderosos, puede darse el caso de ser conveniente la separación temporal ó perpetua de los cónyuges: el divorcio. Ni la una ni el otro se oponen en nada á la indisolubilidad del matrimonio cristiano.

Por fuerza de él, dice un autor (1), han reconocido los esposos que eran sin reserva alguna el uno del otro para toda la vida, y en este abandono recíproco encuentra su unidad física y moral, añadiendo, que si se analiza bien esta idea, se verá que semejante unión ha de ser superior á todas las faltas, á todos los caprichos, á todas las pasiones, á todos los agravios; que, en una palabra, ha de ser indisoluble.

Esta indisolubilidad se halla fundada, por tanto, además de en las exigencias de elevados principios de moralidad pública, en el interés de los mismos cónyuges y en el de sus hijos. Jesucristo, al reprobar el repudio, que se usaba entre los judíos, y restituir el matrimonio á su pureza primitiva, proclamó el principio de que la perpetuidad es el efecto primero y más natural del matrimonio. Sin ella no están asegurados ni el sosiego ni el porvenir de las familias, ni el honor de los contrayentes. En todo pueblo, aun en el más morigerado, dice el Sr. Gutiérrez (2), será el único baluarte de la fe conyugal el sublime precepto de la ley evangélica que declara adúltero al que repudiando á su mujer se casa con otra.

---

(1) M. Fernando Walter, *Derecho eclesiástico universal.*
(2) *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español.*

Al principio de perpetuidad no contradice el que proceda la disolución del matrimonio por causa de nulidad, pues en tal caso no ha existido realmente matrimonio; contradiciéndole aun menos el divorcio, puesto que el vínculo queda subsistente.

Aunque el matrimonio se contrae siempre con el propósito firme y el ambicionado deseo de unirse para mientras dure la vida, porque el cariño de que por regla generalísima es producto, rechaza la idea de que el lazo pueda romperse en ningún tiempo, la imperfección humana puede originar el desvirtuamiento de la naturaleza moral de la unión y hacer imposible la vida en común de los dos cónyuges. De aquí que legislaciones eclesiásticas y civiles hayan reconocido la existencia de causas suficientes para motivar la separación más ó menos absoluta de los casados, autorizando un mal con el fin de evitar otros mayores.

La Iglesia y con ella la mayor parte de los códigos civiles, han limitado los efectos de la separación, teniendo en cuenta que lo que en nombre de Dios se hace, no puede deshacerse; y respetando la indisolubilidad del vínculo, sólo han tratado de libertar á los esposos de la comunidad de vida ó de relaciones cuando han tenido la desgracia, la mayor tal vez que puede sobrevenir á la familia, de que haya surgido alguna causa de las que atacan la estabilidad del matrimonio. Ya que esto acontezca, todo aconseja que se sacrifique el interés particular al público. Fácilmente se alcanzan los daños que podrían acarrearse á éste, si prescindiendo de la santidad del vínculo, su disolución se autorizase por leyes.

Claro está que ha habido jurisconsultos que en la esfera del derecho natural han sostenido la teoría de un absoluto divorcio, y algunos, Savoie-Rollin entre ellos, han llegado á defender la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento. Napoleón también se mostró partidario decidido de esta doctrina. «Los crímenes, dijo, son causas determinadas de divorcio. Cuando no hay crimen debe obrar el consentimiento mutuo.» Aherens dice, que el consentimiento en el contrato de matrimo-

nio no hace más que garantizar la existencia de las condiciones jurídicas de la sociedad matrimonial, pudiendo el consentimiento convertirse en una fórmula de disolución, que contenga la declaración de los esposos de que han dejado de existir las condiciones esenciales de la comunidad, sin que el consentimiento recíproco sea por lo tanto determinante del divorcio, sino la expresión pública ó el testimonio exterior de causas que los esposos no consideran oportuno divulgar.

Por la disolución completa abogó también calurosamente Cabarrús, diciendo que «el divorcio restauraría las costumbres dando un nuevo aliciente á las almas bastante dichosas para reconocer el fastidio de una unión indisoluble»; y preguntando á todo hombre sincero «si está bastante seguro de querer siempre á la misma mujer y no querer á otra, si no siente dentro de su corazón que el medio menos contingente de fijar su amor sobre su objeto está en el recelo de perderlo, y si, dado caso que este freno no le contenga, no interesa más su bienestar y la moral pública que no esclavice la mujer á quien no ama y se case con aquella que le promete mayor felicidad...»

Tales razonamientos envuelven un desconocimiento completo y absoluto del noble fundamento que tiene el matrimonio: el cariño entrañable y espiritual, en cierto modo, de dos seres nacidos uno para otro, y un olvido de la santidad del compromiso aceptado, de la palabra empeñada con la mujer y de la felicidad y ventura de los hijos. Atinadamente dice á este propósito el Sr. Gutiérrez, que mal conocen el corazón humano los que pretenden calmar por concesiones las impetuosas exigencias de la pasión, y que la suerte de los esposos quedaría comprometida desde que se penetraran de que tenían en su mano producir el día que quisieran, aunque fuera á precio de un delito, un rompimiento formal. Por esto mismo dice el elocuente tribuno Carion Nisias: «Si sufrir es la más grande fuerza del hombre, si ser perdonado es su más frecuente necesidad, perdonar es su deber y su gloria... En el arrepentimiento hay una belleza más varonil, una garantía más sólida que en la inocencia misma.» Exis-

ten, pues, razones poderosísimas en pro de la limitación establecida por la Iglesia.

Según ésta, la separación puede ser en cuanto al vínculo, en cuanto á la habitación ó en cuanto al lecho, rompiéndose en el primer caso todas las relaciones, como si nunca hubiese existido el matrimonio; cesando también las relaciones en el segundo, hasta el extremo de vivir separados los cónyuges; pero subsistiendo indisoluble el vínculo, y viviendo maritalmente en el tercero, aunque sin unirse carnalmente. Esta última especie de separación puede verificarse por la sola voluntad de los cónyuges: las otras dos necesitan la intervención del juez competente, y únicamente pueden tener lugar en los casos determinados en derecho.

La Iglesia, siguiendo á Jesucristo, no admitió el repudio, del que en tiempos antiguos se abusó de un modo extraordinario (1), y por los motivos expresados legisló sólo sobre la disolución del matrimonio, declarándola procedente en muy contadas ocasiones, y sobre el divorcio (2).

Respecto á la disolución, ó sea al divorcio en cuanto al vínculo, tiene lugar con arreglo á los cánones, ó por causa de nulidad probada, ó por conversión á la fe de uno de los cónyuges, ó por la profesión religiosa de uno ó de ambos.

Ampliando aquí las ideas apuntadas, menester es recordar que por algunos se prescinde de los preceptos previsores de la ley, y que, á pesar de las prevenciones de ésta, no dejan de celebrarse matrimonios con vicio de nulidad: ya la omisión de requisitos esenciales, ya la existencia de impedimentos dirimentes le determinan. Si no ha podido haber matrimonio, resulta procedente que se declare nulo.

---

(1) Moisés lo habia autorizado entre los judíos, cediendo á las necesidades de su época. Jesucristo, como en otro lugar queda dicho, lo reprobó.

(2) Son cosas distintas divorcio ó repudio. Este comprende á los cónyuges y á los esposos; aquél sólo á los cónyuges El divorcio entre los antiguos solia aplicarse á la separación por común consentimiento, y el repudio á la separación contra la voluntad de una de las partes.—Golmayo, *Instituciones del Derecho canónico*.

Sin embargo, como no sería justo que los que le hubiesen contraído de buena fe, ó sus hijos, sufrieran las consecuencias de tal declaración, las leyes han determinado, como se verá más adelante, cuándo y con qué extensión producirán efectos civiles estas uniones á pesar de su nulidad.

En cuanto á los otros motivos de disolución del matrimonio, hay que añadir que cuando tiene lugar por la conversión de uno de los cónyuges á la fe, pues se trata de matrimonios contraídos por infieles, la disolución no se verifica *ipso facto*, sino después de ser interrogado el no convertido; entendiéndose, si no respondiera éste dentro del plazo que por el juez se fije, que no quiere continuar unido, ó que es con intención de molestar al fiel. Cuando ese interrogatorio no puede verificarse por hallarse el que debiera sufrirlo en lejanas tierras y por no haber facilidad de comunicarse con él, se obtiene dispensa del Pontífice para que pueda contraer nuevas nupcias el bautizado (1); y cuando antes de que éstas se verifiquen, el infiel se convierte á su vez se tiene por restablecido el matrimonio. En cambio, la disolución no se concede por la apostasía ó herejía de uno de los cónyuges, pues no se considera que existe gran peligro para el que continúa fiel, porque tiene la fe más arraigada que el recientemente convertido.

Adoptando la legislación civil estas mismas causas de disolución, dicen las Partidas en la 4.ª, tít. 10, ley 3.ª: «Esto sería como si algunos que fuesen Moros, é Judíos, seyendo ya casados según su ley, se fiziesse alguno dellos Christiano; é el otro, queriendo fincar en su ley, non quisiere morar con él: ó si quisiesse morar con él, denostase antel muchas veces á Dios é á nuestra Fe: ó se tornasse con él cada dia, que dexasse la Fe de los Christianos, é se tornasse á aquella que auía dexado. Ca por cualquier destas tres razones el Christiano ó la Christiana, pueden partir del otro é puede casar con otro é con otra, si quisiere.»

---

(1) Benedicto XIV, libro 6.º de *Synodo diœces.*, cap. 4.º, núm. 3 —V. á Berardi, *Comment*, tomo III, disert. 7.ª, cap. 3.º

Sobre la disolución por profesión religiosa, la doctrina de la Iglesia es terminante (1). No consumado el matrimonio, puede un cónyuge entrar en religión sin el consentimiento del otro, que queda en libertad de contraer un nuevo enlace; pues hasta tal punto se disuelve el vínculo.

Pero si el matrimonio ha sido consumado, el consentimiento es indispensable, y la profesión realizada sin él sería nula, quedando el que la hubiere hecho obligado al cumplimiento de los deberes conyugales y sin derecho á solicitar el débito, no pudiendo tampoco contraer otro matrimonio una vez disuelto el primero por la muerte (2) En cambio, previo acuerdo común, pueden profesar la vida monástica ambos cónyuges, y aun permanecer uno en el siglo con voto simple de castidad, no habiendo peligro de incontinencia (3). Además, haciendo la mujer voto de castidad, puede el marido ordenarse, aun en el caso de haberse consumado el matrimonio (4); siendo de advertir que los Cánones, con objeto de hacer constar la resolución formal y de evitar reclamaciones ulteriores, previenen que el Obispo exija caución de que en término de dos meses los casados deliberarán, decidiendo abrazar el nuevo estado ó consumar el matrimonio.

También aceptó esta doctrina la legislación civil, y la dió cabida en las Partidas. En la 4.ª, tít. 10, dice la ley 5.ª, que «el desposorio por palabras de presente ha tal firmeza, que non se pueden departir los que assi fuessen desposados; fueras ende en una manera, si alguno dellos entrasse en Orden de Religion, antes que se ayuntassen carnalmente»; y la ley 11 del mismo título y Partida establece que «por la Religion se faze divorcio de esta guisa; ca si algunos que son casados con derecho ..., si alguno dellos, despues que fuesen ayuntados carnalmente, le viniesse en voluntad de entrar en Orden é gelo otorgasse el otro,

---

(1) «Si quis dixerit, matrimonium ratum, non consummatum, per solemne religionis professionem alterius conjugum non dirimi: anathema sit.» — Concilio de Trento, can. 6.º, sess 24.

(2) *De convers. conjugat*, c. 3.º y 12.

(3) Id., c. 1.º

(4) Id. 2.º y 7.º, Conc. Trid., sess. 24, c. 6.º

prometiendo el que fincara al siglo de guardad castidad, seyendo tan viejo que non pueden sospechar contra él que fará pecado de fornicio, é entrando el otro en la Orden: desta manera se faze el departimiento para ser llamado propiamente divorcio ...» Y más adelante añade: «Es propiamente llamado divorcio, más que el departimiento que se faze por razon de otros embargos, porque magüer departe los que estovieren casados ..., siempre tiene el matrimonio: assi que non puede casar ninguno dellos mientras que biuieren.» Como se ve, el Código Alfonsino copió casi las disposiciones de los Cánones.

Las otras causas por las que el divorcio puede darse no disuelven el vínculo: se reducen sus efectos á la separación, en cuanto á la habitación ó en cuanto al lecho, temporalmente ó por toda la vida.

Según el derecho canónico, estas causas son: El adulterio de cualquiera de los cónyuges; el que el marido haya sido causa del adulterio de la mujer; el haber incurrido uno ú otro en apostasía ó herejía; el obligar el marido á su consorte á que cometa otra clase de delitos ó á ser su cómplice, y la sevicia ó malos tratamientos.

Autores hay que exponen que la locura y las enfermedades contagiosas ó repugnantes pueden también ser causa de divorcio (1); pero su opinión es muy discutible en derecho natural. Por el contrario, dice un tratadista (2), semejantes desgracias «deben servir de crisol para afinar el amor y la constancia de los esposos». Y, verdaderamente, nada hay que estreche más los dulces lazos conyugales que la solicitud tierna, hija de un cariño sincero y desinteresado, con que uno de los consortes se ve

---

(1) Los Códigos escandinavos, alemán y suizo admiten el divorcio por causa de enajenación mental. Otros Códigos, como los de Suecia, Méjico y Chile, incluyen ciertas enfermedades incurables ó contagiosas entre las causas de divorcio ó de separación.

(2) M. Fernando Walter, *Derecho eclesiástico universal*.—En una nota de esta obra dice: que no hay cosa más errónea que sacar de los textos del C. 1. 2, X de *conjug. leprosor.*, la opinión contraria, porque el caso es que estos no hablan más que de la lepra, que en la Edad Media era una enfermedad excepcional y espantosa.

atendido por el otro en males cuya asistencia exige un verdadero sacrificio (1).

En primer término, los comentaristas se ocupan del adulterio. En derecho canónico, tanto el del varón como el de la mujer, es causa suficiente de divorcio (2); pero pierde su fuerza la acción cuando el demandante, por haber quebrantado la fe prometida, es acusado de igual delito, ó ha impulsado al otro á cometerle, y cuando el inocente ha perdonado la injuria de una manera expresa ó tácita (3); debiéndose entender otorgado este perdón, según un distinguido canonista (4), si ha habido cohabitación después de conocido el adulterio.

Es de notar, que mientras se admite prueba indiciaria en asuntos de esta índole, no se concede valor probatorio á la sola confesión del delincuente (5). La razón que así lo aconseja es tan clara, que no exige ni aunque se haga mención siquiera de ella.

Algunos tratadistas de derecho natural, entre otros, Ahrens, coincidiendo, aunque sea con distinto fundamento, con lo establecido por los Cánones, opinan que procede que sea causa de divorcio el adulterio del marido ó de la mujer sin distinción alguna, diciendo el autor mencionado que aunque es verdad que la infidelidad de la mujer, única que puede alterar las relaciones entre el padre y los hijos, denota una mayor degradación moral,

---

(1) Así, la ley 7.ª del tít. 2.º de la partida 4.ª, dice: «Mas si alguno de los que fuessen casados cegasse, ó se fiziesse sordo, ó contrecho, ó perdiesse sus miembros por dolores, ó por enfermedad, ó por otra manera cualquier; por ninguna destas cosas, nin aunque se ficiese gafo, non deue el uno desamparar al otro... ante deuen beuir todos en vno, é seruir el sano al otro, e proveerle de las cosas que menester le ficieren, segund su poder.»

(2) C 4, c. 32, q 4 (Ambros, c, a. 387); c. 20, c. 32, q. 5 (Hieronym., c, a. 400); c. 23, eod (Innocent, 1, a. 405); c. 5, c. 32, q. 6 (Agustin, c. a. 415); c. 4; eod. (Idem c., a 419)

(3) C. 1, c. 32, q. 6 (Agustin, c. a. 393); c. 4, X *de divort* (4, 19; c. 6, 7, X *de adulter*. (5, 16), y 6, X *de eo qui cognov. consang*. (4, 13), y c. 25, X *de jure jur*, (2 24).

(4) El referido Sr. Golmayo.

(5) C 2, c. 32. q. 1 (Hieronym., c., a. 388); c 27. X *de testib*. (2, 20); c. 12, X *de præsumpt*. (2, 23), y c. 5, X *de eo qui cognov. consanguin*. (4, 13); c. 5, X *de divort*. (4, 19).

en el fondo todo adulterio es un rompimiento de hecho del matrimonio, que debería tener para el uno ó para el otro esposo las mismas consecuencias.

Confirman la doctrina anterior las legislaciones de Austria, Hungría, Estados escandinavos, Rusia, Suiza, Alemania, Holanda, Francia (que en 1884 rectificó el principio contrario del Código de Napoleón), la mayoría de los Estados sudamericanos y la legislación foral aragonesa. El Código español, lo mismo que el italiano, siguen todavía la doctrina romana de la desigual condición de los sexos por lo que toca á las consecuencias jurídicas del adulterio.

Para que el adulterio pueda ser causa de divorcio, claro está que es preciso que sea voluntario. Por esta razón se halla determinado que no lo hay cuando la cohabitación procede de violencia ó de error inculpable (1). Sobre ello, y sentando una doctrina igual, la ley de Partida (2) se extiende en consideraciones y ejemplos, cuya reproducción aquí no tiene objeto y daría por único resultado alargar innecesariamente este trabajo.

Quedando ya sentado que, hablando en general, los efectos del divorcio por este motivo, en cuanto á las personas de los cónyuges, consisten tan sólo en terminar para el inocente la obligación de la vida común, subsistiendo el vínculo y las demás obligaciones respectivas, conviene advertir que ha sido objeto de larga y laboriosa contienda entre teólogos y canonistas determinar, si conforme á la doctrina del Evangelio, se reducen dichos efectos á los anteriormente expresados, ó si á más de ellos el adulterio produce la disolución del vínculo.

Aunque los Evangelios de San Marcos (3) y San Lucas (4) son terminantes sobre este punto y no dejan lugar á duda, entre los Santos Padres y Concilios Provinciales se suscitó la con-

(1) C. 7. c. 32, q. 5. (Agustín, a. 409); c. 3, 4, eod. (Idem, a. 412 ; c. 14, eod, (Leo I, a. 442); y C. 1., c. 34, q. 1. (Leo I, a. 458); c. 6, eod. (Conc. Tibur. a. 895).

(2) Leyes 7.ª y 8.ª, tít. 9.º Partida 4.ª

(3) Cap. 10, v. 2 y siguientes.

(4) Cap. 16, v. 18.

troversia al interpretar la siguiente excepción contenida en el de San Mateo (1): «*quicunque dimisserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, maechatur*» (2).

Obstinada la Iglesia griega en admitir el divorcio *quoad vinculum* por adulterio, el Concilio de Trento (sess. 24, can. 7.º), atendiendo indudablemente, más que á sus propios deseos, á las excitaciones de la prudencia, no hizo otra cosa que anatematizar á los que afirmaban que la Iglesia erraba al enseñar que, según la doctrina evangélica, no se disolvía el matrimonio por el adulterio. Esta declaración debió ser motivada por el temor de hacer más profunda la excisión de la Iglesia cismática y, según un canonista conocido (3), porque fué atendida por los Padres la petición de los legados de Venecia, para que las Iglesias de Occidente, y en especial los cristianos de las islas sujetas al imperio de los venecianos, no se escandalizasen.

Lo expuesto anteriormente, y el final de la 2.ª, título 10 de la Partida 4.ª, que establece que el divorcio «magüer departe los que estovieren casados... non puede casar ninguno dellos mientras que vivieren; fueras ende en el departimento que fuese fecho por razón de adulterio, ca podria casar el que fincase biuo, después que muriese el otro», ó lo que es lo mismo, que mientras el uno viva no puede el otro contraer un nuevo enlace, ponen bien de manifiesto que en esta interesante y transcendental materia ha sido uno mismo, por fortuna, el espíritu de nuestra legislación civil y el de la Iglesia.

Las razones de moral, de conveniencia social y de honor que hacen que también sea motivo de divorcio el que el marido haya sido causa del adulterio de su mujer, son tan evidentes y tan conocidas, que no hay para qué relacionarlas, restando únicamente decir respecto al adulterio, que el divorcio por su causa

---

(1) Cap. 19, v. 3 y siguientes.

(2) Opinan por la disolución, entre otros Padres, Lactancio, San Epifanio y San Basilio, el Concilio primero de Arlés, y entre los sinodos, el Venético y el Compendiensis.

(3) Cavalario, en sus *Instituciones del Derecho canónico*.

puede ser perpetuo si el perdón de la injuria ó la falta cometida posteriormente por el ofendido no le ponen término.

Después del adulterio como origen de divorcio, se ocupan los autores del crimen de herejía ó apostasía (1), conviniendo en que, según los cánones, el haber incurrido en ellas cualquiera de los cónyuges puede servir de fundamento á la separación *quoad thorum et habitationem*, y en que cesando la causa por la abjuración del error, y después de hecha la oportuna penitencia, el fiel está obligado á recibir al que fué culpable, salvo en el caso de que aquél haya decidido hacer profesión religiosa. Las leyes de Partida contienen igual declaración, calificando la apostasía ó herejía de *fornicio espiritual* (2).

Cualquiera otra clase de delitos que el marido cometa—dicen luego los tratadistas—no dan causa al divorcio, sino cuando obliga á su mujer á cometerlos ó á ser su cómplice para ello. Esta limitación se comprende fácilmente teniendo en cuenta que la Iglesia, procurando mantener, siempre que posible sea, la unión en el matrimonio, sólo accede á la separación cuando la vida en común puede hacer peligrar de alguna manera al cónyuge inocente.

Por esta razón autoriza también el divorcio si uno de los consortes es ocasión de pecado para el otro.

Algunos añaden á estas causas la originada en el delito del padre ó de la madre de prostituir á las hijas; pero en los cánones no se encuentra ninguna disposición terminante sobre este punto, aunque de las demás que contienen puedan deducirse.

Por último, en opinión de todos, la sevicia ó malos tratamientos debe ser motivo de la separación de los casados, concediéndose aun cuando aquéllos no sean de naturaleza tal que pongan en grave riesgo la vida del que los sufra (3). *Si tanta sit saevitia viri ut muliere trepidanti non possit sufficiens securitas*

(1) Cap. 6.º *de divort*, cap. últ. *de conv. rs, conjugat.*
(2) Ley 2.ª, tít 10, Partida 4.ª
(3) C. 8, 13, X *de restit spoliat*, (2, 13).

provideri, dice el derecho canónico, y su razón se explica con la simple enunciación de sus palabras.

Las injurias graves (1) se consideran también malos tratamientos para los efectos del divorcio, y se coloca asimismo por los comentaristas entre este orden de causas las asechanzas de un cónyuge para quitar la vida al otro. Pero tratándose de injurias y aun de malos tratamientos de obra, preciso es tener en cuenta en cada caso las circunstancias de educación y de costumbres de los esposos, pues la susceptibilidad y los sentimientos de estimación propia sabido es que no son los mismos en todas las clases de la sociedad (2).

Fuera de los relacionados, no admiten los cánones otros motivos de separación *quoad thorum et habitationem*, estableciendo en cambio que en cuanto al tálamo pueda hacerse por propia voluntad de los casados. Si éstos, de acuerdo mutuo, hacen voto perpetuo ó temporal de castidad, la separación se verifica; si por razones de salud la deciden por tiempo limitado ó indefinido, también tiene lugar. Es más, la Iglesia desde muy antiguo la aconseja, recomendando la abstención del uso del matrimonio durante determinadas épocas del año (3).

Los naturales límites de esta obra no permiten extenderse más sobre la materia en extremo interesante y vasta del divorcio, origen de tantas opiniones encontradas, y resuelta de tan distinto modo por los pueblos. Es, pues, preciso conformarse con las apuntaciones hechas, aunque ligeras, suficientes para servir de aplicación á las disposiciones contenidas en el Código.

El orden por él seguido hace que en esta sección deba tratarse de los efectos del divorcio y de la nulidad del matrimonio,

---

(1) Hablando de este motivo de separación, dice un escritor francés contemporáneo, Georges Cavilly: «... entre époux dont l'éducation á aiguisé la sensibilité l'injure prend une importance plus considerable: non seulement celui qui l'emplois oublie toutes les convenances et tous les égards dus á son conjoint, mais de plus il lui témoigne un mepris dont rien ne pourra effacer l'impression.»

(2) Sobre ello hace consideraciones curiosas el citado Georges Cavilly en su obra *Le divorce et la séparation de corps*.—París, 1886.

(3) San Pablo, 1, ad. Corint, cap. 7, v. 5.

se haya éste celebrado en una ó en otra de las dos formas que la ley reconoce, por cuya razón parecería conveniente relacionar aquí los casos en que el divorcio y la nulidad del matrimonio proceden dentro de la especial esfera del civil; mas como estos casos se hallan expresados terminantemente en el cuerpo legal en su lugar oportuno (1), y como ocuparse ahora de ellos sería adelantar ideas, que es mejor desenvolver cuando corresponda, es preferible remitirse á los arts. 101 y siguientes hasta el 107 inclusive, á incurrir en ociosas repeticiones. Basta saber que decretado el divorcio ó la nulidad por los tribunales eclesiásticos ó civiles, según proceda, los efectos de ésta ó de aquél se regirán por las prescripciones de la sección ahora objeto de nuestro estudio.

ARTÍCULO 67

Los efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad de matrimonio y sobre divorcio, sólo pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios.

ARTÍCULO 68

Interpuestas y admitidas las demandas de que habla el artículo anterior, se adoptarán, mientras durare el juicio, las disposiciones siguientes:

1.ª Separar los cónyuges en todo caso

2.ª Depositar la mujer en los casos y forma prevenidos en la ley de Enjuiciamiento civil.

3.ª Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, ó de los dos, según proceda.

4.ª Señalar alimentos á la mujer y á los hijos que no queden en poder del padre.

5.ª Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido que hubiese dado causa al divorcio, ó contra quien se dedujere la demanda de nulidad del matrimonio, perjudique á la mujer en la administración de sus bienes.

---

(1) Secciones 3.ª y 4.ª del cap. 3.º de este mismo título.

Siempre la Iglesia ha proclamado el principio de que aun cuando existan causas de nulidad ó de divorcio, jamás podrán los cónyuges separarse por sí mismos, sino que tendrán que hacerlo mediante la intervención de la autoridad elesiástica del territorio, y análoga prescripción contenían las leyes 7.ª y 8.ª del tít. 10 de la Partida 4.ª

La ley del Matrimonio civil, en su art. 84, también estableció que fuera indispensable á los cónyuges, en todo caso, para divorciarse ó separarse, el mandato judicial, y el Código, aunque de una manera expresa no lo determina, lo deja entender bien claramente, puesto que respecto del matrimonio canónico declara en el art. 80 que corresponde á los tribunales eclesiásticos el conocimiento de los pleitos de esta índole, ateniéndose, por tanto, á lo que la Iglesia tiene sobre el asunto establecido, y en cuanto al matrimonio civil, ordena en los arts. 103 y 107 que los tribunales civiles conozcan de los litigios sobre nulidad ó divorcio; y como previene además en el 67 que estamos examinando, que los efectos civiles de esos actos sólo pueden obtenerse ante dichos tribunales, es evidente que niega todo valor legal á la separación que acuerden los consortes por sí mismos.

Inconcuso es, que esas sentencias dictadas por los tribunales eclesiásticos producen efectos de dos órdenes distintos: canónicos y civiles. En cuanto á los primeros, el Código reconoce la competencia de dichos tribunales y acata sus decisiones; pero respecto á los segundos, procurando la unidad que debe existir en todo lo que se refiere á la vida de relación entre los cónyuges, fundamento del orden social, y considerándolos en la parte que tienen de contrato, determina racionalmente que sean ventilados ante los jueces civiles.

Y esta prescripción no es nueva, porque ya la Novísima Recopilación (1), separándose de las Decretales, que consideraban las causas incidentales de dote, alimentos, litisexpensas y otras

(1) Libro 2.°, tít. 1.°, ley 20.

análogas como accesorias de la principal, dispuso que el conocimiento de ellas perteneciese á los tribunales seculares; siguiendo así establecido hasta que la ley de 1870 introdujo en la materia la radical reforma de todos conocida.

Respondiendo á los sentimientos católicos del país y tratando de poner coto á los males que los terminantes preceptos de la referida ley originaban por el incumplimiento á que llevaba una resistencia más ó menos fundada de las conciencias, el decreto de 9 de Febrero de 1875 restableció en punto al matrimonio de los católicos la conveniente armonía entre la legislación civil y la canónica, restituyéndole á la jurisdicción exclusiva de la Iglesia, y dispuso á este fin en su art. 7.°, que las causas de divorcio ó nulidad de matrimonio canónico pendientes á su publicación, de que se hallasen entendiendo los tribunales civiles, se remitieran por ellos á los eclesiásticos en el estado é instancia en que se encontrasen. Días después, la Instrucción aprobada por Real orden de 19 del mismo mes y año para llevar á efecto el mencionado Real decreto, estableció que la remisión se entendiera sin perjuicio de que los jueces y tribunales del orden civil continuaran conociendo de las incidencias relativas al depósito de la mujer casada, alimentos, litisexpensas y demás asuntos temporales, que siempre—decía—*han correspondido al conocimiento de la jurisdicción ordinaria.*

Se volvió, pues, á lo preceptuado antes de regir la ley del Matrimonio civil, y el Código, por las razones repetidamente expuestas, lo ha mantenido, apartándose con sobrado fundamento del proyecto de 1851, que otorgaba en su art. 75 de un modo exclusivo á los tribunales civiles el conocimiento de las causas de divorcio. Hoy el conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde á los tribunales eclesiásticos, como se declara en el art. 80; pero los efectos civiles de las sentencias que en ellos recaigan, y los consiguientes á la interposición de la demanda, sólo pueden obtenerse ante los tribunales ordinarios.

Tal ha sido el desenvolvimiento del art. 67, al que sirven de

complemento el 82 en cuanto á los efectos de las sentencias firmes se refiere, y el 81 en lo que atañe á los de las demandas interpuestas, pues por todo lo dicho es innegable que á los tribunales ordinarios incumbe dictar, á instancia de la parte interesada, las medidas provisionales y de precaución que se especifican en el 68, como se ordena en el 81 antes citado.

Respecto al art. 68, segundo de este comentario, no es preciso esforzarse para demostrar su objeto y las utilidades que reporta. Inspirado en el 87 de la ley del Matrimonio civil, ofrece, sin embargo, aunque no esenciales, algunas diferencias, sobre las cuales llamaremos la atención en este comentario.

En primer término dice el art. 68, que *interpuestas y admitidas* las demandas de nulidad del matrimonio ó de divorcio, se adoptarán, mientras durare el juicio, las disposiciones que enumera, encaminadas á evitar escándalos entre los cónyuges desavenidos, proteger la libertad de la mujer, amparar á los hijos y asegurar los bienes de aquélla; pero todo provisionalmente, *mientras durare el juicio*. Terminado éste, han de cesar esas medidas preventivas y se hará lo que se ordene en la sentencia.

Análogas medidas se dictaron en el art. 87 de la ley de 1870; pero previniendo se acordasen admitida la demanda de divorcio, *ó antes si la urgencia del caso lo requiere*. Ahora se manda que se adopten *interpuesta y admitida la demanda*. ¿Quiere esto decir que es necesario en todo caso que preceda la admisión de la demanda de divorcio ó de nulidad del matrimonio? No puede haber sido esta la intención del legislador, puesto que en la disposición segunda del mismo art. 68 se ordena el depósito de la mujer «en los *casos* y forma prevenidos en la ley de Enjuiciamiento civil»; y uno de los casos que ésta determina en su art. 1880 es el de la mujer casada que *se proponga intentar* demanda de divorcio ó la acción de nulidad del matrimonio. Por consiguiente, conforme al mismo artículo que estamos comentando, no es necesario esperar en ese caso á que sea admitida la demanda, si bien habrá de acreditar la mujer esta circunstancia dentro del plazo

que señala el art. 1890 de la misma ley, y de otro modo será restituída á la casa de su marido, como se previene en el 1894. Y lo mismo habrá de entenderse respecto de los hijos. El buen sentido aconseja, y no podía desconocerlo la ley, que estas medidas se adopten preventivamente antes de entablarse la demanda, si la mujer lo solicita como cosa urgente.

Sin embargo, no hemos de negar que las palabras con que empieza el art. 68, sirven de serio fundamento á la opinión contraria, y por ello no es de extrañar que el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de Diciembre de 1903, haya declarado, interpretando dicho artículo en relación con el 81, que para decretar el depósito de una mujer casada no basta incoar ó interponer la demanda de divorcio ante el Tribunal eclesiástico y justificarlo así ante los Tribunales ordinarios, sino que es preciso que dicha demanda haya sido admitida.

La primera de las disposiciones del art. 68, íntimamente relacionada con la segunda, establece la separación de los cónyuges en todo caso. Son bien obvias las razones que informan su necesidad. A nadie se le oculta que llegada la desavenencia de los cónyuges hasta el extremo de haber decidido separarse y poner fin á una vida en común, tal vez durante mucho tiempo ardientemente codiciada, no ya la indiferencia, sino en repetidas ocasiones el odio, ha sustituído al cariño en sus corazones, y claro es que gentes que se odian han de procurar perjudicarse. Justo es, por tanto, que la ley lo evite, colocando á los que se encuentren en tan desventurado caso en condiciones de no entorpecer ó imposibilitar el desarrollo del juicio, á cuyo término el consorte inocente espera una aminoración de su desgracia. Las palabras *en todo caso*, con que la disposición termina, indican que será de adoptar sea la mujer ó sea el marido quien haya interpuesto la demanda.

Siendo la mujer, general y naturalmente, el ser más débil dentro del matrimonio, también necesita ser más protegida. La disposición segunda del artículo tiende á ese objeto. Los motivos en que se funda son, además de los expresados, los derivados de

la precisión de poner á cubierto á la mujer de actos de violencia del marido.

No obsta lo dicho para decidir que éste, por su parte, pueda también solicitar el depósito de su consorte. El hombre que ve que la mujer que debía ser fiel custodia de su honra la ha despreciado y la ha pospuesto á una pasión ó á interés punibles, y en su consecuencia, desea justamente alejarla para siempre de su lado, no la puede tener en su compañía, porque su dignidad y su tranquilidad se oponen, todo el tiempo, acaso largo, que medie entre el día en que tuvo noticia cierta de su mal, hasta el en que recaiga la sentencia definitiva en el pleito que promueva; y como tampoco puede, haciéndola abandonar el domicilio conyugal, ponerla en situación de entregarse libremente á la deshonra acrecentando el daño, es evidente que al amparo de la ley cuenta con medios de colocarla en un lugar seguro.

Además, según la opinión de dos jurisconsultos distinguidos (1), aunque la mujer fuera la demandante, procedería el depósito pedido para el marido, porque de otro modo, dicen, «se daría ocasión á que se entablaran demandas, cuyo único ó principal objeto fuera libertarse la mujer de la sujeción á la autoridad marital para vivir en libertad como si no hubieran contraído matrimonio».

Las demandas de divorcio no producen el efecto de quitar el carácter de domicilio conyugal á aquel en que siga viviendo el marido, y por esto es por lo que la mujer sale del mismo á calidad de depositada, sin que el ser la casa habitación propiedad de la mujer altere en nada las condiciones legales de ese domicilio, ni autorice el desahucio intentado por ella contra su marido. (Sentencia de 6 de Julio de 1901); mas, para los efectos de la competencia, el depósito de una mujer casada, acordado cuando se propone intentar demanda de divorcio contra su marido, constituye verdadero acto de separación legal y crea á fa-

(1) Sres. D. Pedro Gómez de la Serna y D. Juan Manuel Montalbán, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Madrid, 1871.

vor de la mujer un domicilio independiente del de su marido. (Sentencia de 28 de Diciembre de 1904).

En cuanto al procedimiento que debe seguirse para la constitución del depósito, no siendo materia propia de esta obra, basta recordar que se halla establecida en el tít. 4.º del libro 3.º de la ley de Enjuiciamiento civil, y que el núm. 20 del art. 63 de la misma determina qué juez es el competente para tramitarlo. Son, pues, aplicables á estos casos los arts. 1880 al 1900 de dicha ley.

Aunque del contexto del párrafo con que comienza el artículo motivo del actual comentario, parece deducirse que el depósito, así como las demás medidas preventivas de que habla, deberían ser de oficio adoptadas por el juez, éstas y aquél exigen, á no dudarlo, petición de parte: se trata de un acto de jurisdicción voluntaria, y el art. 1881 de la ley de Enjuiciamiento dice terminantemente, que para decretar el depósito, en el caso de que la mujer sea la demandante, deberá preceder solicitud suya por escrito, ó de otra persona á su ruego; prescribiendo el 1893 que cuando el que haya interpuesto la demanda sea el marido, habrá de acreditarse previamente haber sido admitida. Pero si el pleito de nulidad ó de divorcio se refiere á un matrimonio canónico, hay más todavía; el art. 81 de este Código preceptúa de una manera expresa que á instancia de la parte interesada corresponde al tribunal civil dictar las disposiciones tantas veces referidas.

Así, pues, ni el párrafo citado ni los artículos 103 y 107, que también prescriben para sus respectivos casos que los Tribunales adoptarán dichas medidas, implican contradicción alguna con la ley procesal, pues que si bien es verdad que quizás por haberse juzgado innecesario no lo expresan, tampoco se oponen textualmente á que la instancia de parte sea indispensable; debiéndose entender así tanto más, cuanto la disposición que está siendo objeto de estas consideraciones admite el depósito de la mujer *en los casos y forma prevenidos en la ley de Enjuiciamiento civil*.

Ahora bien: si la adopción de tales medidas previsoras no puede llevarse á afecto sin ser solicitada, y que sin ser solicitada no puede efectuarse es inconcuso, como queda dicho, tratándose de una nulidad ó de un divorcio canónico; es de suponer que puede de ella prescindirse y que es posible que se dé el caso de que se sustancie hasta definitiva un pleito de esta especie sin que varíen legalmente las relaciones de los consortes y de sus hijos. Por ello es sostenible que las disposiciones en cuestión no son obligatorias, sino simplemente protectoras para aquéllos que quieran utilizarlas. Verdad es que como los motivos que las fundamentan se presentan en la inmensa mayoría de las ocasiones, si no en todas, rarísimo ha de ser que haya quien deje de acogerse á sus beneficios. Reportándose éstos determinadamente á aquél que los impetra, bien ha hecho el Código en no ordenar que se otorgue el depósito de la mujer sin ser solicitado.

La única disposición que podría parecer que no se halla en este caso es la tercera, la que con el cuidado de los hijos se relaciona. Aparte del mal ejemplo, siempre peligroso para su felicidad futura, que reciben al ser testigos constantes de funestas luchas de familia, acarrea para ellos la desavenencia de sus padres, unas veces un indiferente abandono, causa de que no se les dote de la educación que, con arreglo á su clase, les corresponde, y de que se vean privados de las atenciones tiernas y asiduas que tan necesarias son en los primeros años de la vida, y otras veces un celo exagerado y en pugna, que, reflejo de la discordia de los autores de su existencia, les es tanto ó más perjudicial que el abandono. ¡Triste situación, además, la de los hijos obligados á presenciar repetidas contiendas entre dos séres á quienes tan íntimamente se hallan ligados por los vínculos de la naturaleza y del cariño, y sobre alguno de los cuales han de formar, aun contra su voluntad, un juicio desfavorable, cuando por el uno y por el otro desearían experimentar consideración y respeto!

Por ello habrá de seguro quien opine que sería conveniente que siempre, durante la tramitación de los pleitos de nulidad ó

de divorcio, dispusiera la ley que, aun sin ser por nadie solicitado, se proveyese de modo que á los hijos no les fuese posible apreciar directamente las manifestaciones exteriores de la disidencia; pero el Código, respetando, como se debe, la autoridad paterna, considerando racional y prudentemente que, por graves que sean los motivos orígen del litigio, no son suficientes para borrar en los padres el cariño que sienten hacia sus hijos, y aleccionado por la experiencia, que ha demostrado en muchas ocasiones que la sumisión, los ruegos y la amorosa solicitud de éstos han producido la reconciliación de cónyuges divorciados ó han evitado á tiempo su separación, ha dejado al arbitrio del más directamente interesado el pedir ó no la adopción de las medidas de precaución respecto á ellos.

La disposición actual difiere mucho de su equivalente de la ley de 1870. Hoy, los hijos deberán ser puestos al cuidado de uno de los cónyuges, ó de los dos, según proceda; antes se debía hacer el depósito de los hijos en poder del consorte inocente, procediendo que se les nombrase tutor y curador en el caso de que el padre y la madre fuesen culpables.

La variación es lógica, pues si bien es verdad que algunas veces puede presentarse desde luego palpable la inocencia de uno de los cónyuges, como sucede cuando el motivo del divorcio es el adulterio del otro, plenamente demostrado, en la mayoría de estos pleitos, á no prejuzgar la cuestión por impresiones, no hay medios de conocer, hasta que recaiga el fallo definitivo, cuál de los consortes es el culpable y cuál el inocente. Por la misma razón aun era más difícil decidir sobre la culpabilidad de ambos y adoptar una resolución muy propensa al peligro de dar por resultado una cruel injusticia y tan contraria á los derechos de la patria potestad, siempre respetados, á no ser en gravísimas y raras circunstancias.

¿Qué reglas han de seguirse para determinar la procedencia de entregar los hijos al cuidado exclusivo de uno de los cónyuges, ó confiarlos á ambos? Sin duda alguna, las que se establecen en el art. 1887 de la ley de Enjuiciamiento: los menores de

tres años quedarán en poder de la madre, y los que pasen de esa edad en poder del padre, hasta que en el juicio se decida lo que proceda. Luego que recaiga sentencia firme, se hará lo que ordenan los arts. 70 y 73 de este Código para sus casos respectivos: pero durante el procedimiento no cabe aplicar otra disposición que la citada de la ley procesal.

Consecuencia de las anteriores es la disposición cuarta del artículo 68, la que preceptúa el señalamiento de alimentos á la mujer y á los hijos que no queden en poder del padre. Interrumpida la vida en común de la familia, indispensable es atender á la subsistencia de los individuos que la componen, y como el padre sigue siendo el jefe, y, en su consecuencia, el obligado á subvenir á las necesidades de ella, claro está que á él corresponde pasar los alimentos necesarios á aquellos que aun no han salido de su potestad. Su cuantía será en todo caso proporcionada á la fortuna de los cónyuges y á la posición social de la familia, conforme al art. 142 Esta disposición se halla copiada de la tercera del art. 87 de la ley del Matrimonio civil, y útil y provechosa como es, ha sido juiciosamente reproducida.

Sin embargo, hay que tener presente que no siempre será de posible aplicación. Cuando, entre otros casos, con arreglo á la excepción del art. 59, no sea administrador de los bienes de la sociedad conyugal el marido; cuando después de ser éste declarado pródigo, y teniendo por tanto la administración de aquéllos y de todos los propios la mujer, se promueva el pleito de nulidad ó de divorcio; cuando éste se funde en haber sido condenado el marido á la pena de cadena perpetua, y por consiguiente á la accesoria de interdicción civil, que transfiere dicha administración á su consorte, á más de ello tutora del penado y administradora del caudal propio de él, es evidente que el señalamiento de los referidos alimentos no podrá hacerse á cargo del marido, sin que ni aun en el último de los casos expresados quepa duda, puesto que para que la demanda pueda ser interpuesta y admitida por esta causa, es preciso que haya recaído ya la sentencia condenatoria, uno de cuyos principales efectos es privar de la

administración de los bienes al culpable. Además, como su mujer y sus hijos dejan de estar bajo su potestad, pierde el precepto su fundamento; siendo de creer, en vista de lo expuesto, que cuando al marido no le sea posible dar los alimentos, y en cambio los precise, podrá reclamarlos de su cónyuge, toda vez que según el art. 143, núm. 1.º, de este Código, la obligación de prestarlos es recíproca.

Por todo ello, bien puede afirmarse que la disposición comentada es aplicable únicamente cuando el matrimonio se haya constituído bajo el régimen de comunidad de bienes, ó cuando por un consorte se hayan entregado ante notario al marido para que los administre, los bienes parafernales, ó cuando no se haya pactado de una manera expresa que la mujer administrará por sí propia los dotales.

Concede el art. 149 del Código, á la persona obligada á prestar alimentos, el derecho de opción para facilitarlos, bien pagando la pensión que se fija, bien recibiendo en su propia casa y alimentando á quien tiene derecho de percibirlos. El Tribunal Supremo, en sentencias de 5 de Julio de 1901 y 31 de Enero de 1902, declara que esta facultad de elegir el deudor, no puede ser aplicable al caso especial de los cónyuges, con arreglo al art. 68, pues establecido el depósito de la mujer para que viva provisionalmente separada de su marido, se quebrantaría esta situación jurídica exigida por la ley, si el marido ó la mujer obligados á suministrarse alimentos pretendieran darlos viviendo en un solo domicilio.

De la quinta de las disposiciones del art. 68 puede decirse otro tanto. Solamente tendrá lugar en el caso de que el marido lleve la administración de los bienes de la sociedad conyugal ó de algunos de los que la mujer aporte al matrimonio.

Su razón de ser es clara y fácilmente comprensible. Aunque los instintos de la naturaleza inducen al hombre á pensar de continuo en el porvenir de sus hijos y le mueven, con el fin de asegurarlo, á esforzarse no sólo para conservar, sino para aumentar el caudal de la familia, la práctica ha hecho ver que hay por des-

gracia maridos que, sintiéndose bajo el peso de una acción de nulidad ó de divorcio, se dejan dominar por el deseo de venganza ó el sentimiento de despecho, desatienden la voz de su conciencia y de su cariño, y procuran dilapidar la fortuna cuya guarda les ha sido encomendada.

La ley ha tratado de precaver el mal durante la sustanciación del juicio y después de terminado. Sus prescripciones relativas á las constitución de hipotecas en favor de la mujer, al depósito de determinados bienes de la dote, al afianzamiento de ésta y á la separación de los bienes de los cónyuges, se hallan directamente encaminadas á ese objeto.

De las aplicables después de finalizado el litigio por sentencia firme se ocupan los arts. 72 y 73, y, por tanto, su estudio no es de este lugar, en el que sólo tienen cabida las referentes á las medidas que son de adoptar mientras dure el curso de los procedimientos.

Por último, como precedente de la disposición comentada, puede mencionarse la 4.ª del art. 87 de la ley de 1870, de la que casi es reproducción, reduciéndose la diferencia que entre ambas se observa á que la vigente extiende su prescripción al caso en que verse sobre nulidad del matrimonio la demanda deducida contra el marido, cuando aquél lo limitó al de divorcio.

ARTÍCULO 69

El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo.

Si ha intervenido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.

La buena fe se presume, si no consta lo contrario.

Si hubiere intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos.

En derecho romano eran castigados los que contraían incestuosas ó vedadas nupcias, negándose efectos á las mismas, *neque uxorem neque filios ex ea editos habere credatur* (1).

Acepta el Código español, siguiendo al de Francia, la teoría canónica del *matrimonio putativo*, el cual, no obstante su nulidad, produce efectos civiles con relación á los hijos y á los cónyuges ó cónyuge de buena fe.

Nuestra antigua legislación, atendiendo á la existencia de malicia en uno ó en ambos cónyuges, subordinaba á la misma las consecuencias de la nulidad, estableciendo que cuando á los dos contrayentes les constase la certeza del impedimento, «los fijos que oviessen non serían legítimos; mas si el uno de ellos lo supiese é non ambos, en tal manera serían los hijos legítimos» (2).

Respecto á bienes, establecieron otras leyes, también de Partida, la pérdida de la dote, arras y toda clase de donaciones que por la nulidad del matrimonio pasaban al fisco, salvo el caso de que los dos contrayentes desconociesen la existencia del impedimento. Los proyectos de Código de 1851 y 1882 y la ley de 18 de Junio de 1870 en sus arts. 94, 95 y 96, son precedentes de las prescripciones del artículo objeto del comentario, el cual adiciona la declaración de efectos civiles á favor de los hijos aun en el caso de constar acreditado que ambos cónyuges procedieron de mala fe.

El principio ha sido fuertemente combatido y calificado de novedad atrevida y perturbadora; pero cerrado ya el período de apasionada discusión, hay términos posibles para deducir con serenidad y frialdad de ánimo que la disposición final del artículo borra el estigma que manchaba á séres inocentes, salvando á éstos de las consecuencias de actos que no ejecutaron.

De esta manera, aun cuando ciertos motivos de nulidad, el parentesco entre los cónyuges, los votos religiosos de uno de

(1) Cod., libro 5.°, tít. 5.°, *De incestis et inutilibus nuptiis*, ley 6.ª
(2) Leyes 3.ª, tít. 3.°, y 2.ª, tít. 15, Partida 4.ª

ellos ó su matrimonio anterior, determinan moralmente la necesidad de una separación inmediata, no pesa sobre los hijos la calificación legal de incestuosos, sacrílegos ó adulterinos. Siempre que haya mediado matrimonio, canónico ó civil, aunque sea declarado núlo, los hijos en él habidos antes de esta declaración gozarán de los mismos efectos civiles que los nacidos de matrimonio válido, porque no es justo que sufran las consecuencias de una falta que no han cometido. La responsabilidad será de los padres, y por esto la ley les obliga á que atiendan á esos hijos como si fuesen legítimos, privando de los efectos civiles del matrimonio nulo solamente al cónyuge que lo hubiere contraído de mala fe, respecto de sus relaciones con el otro cónyuge.

Y ya que el Código civil, de acuerdo en esta parte con nuestra legislación anterior y con la mayoría de los extranjeros, presume siempre la buena fe, salvo prueba en contrario, ¿qué hechos han de acreditarse para demostrar que el cónyuge que trata de utilizar el precepto tenía conocimiento de la nulidad de su matrimonio?

El legislador parte de una presunción y establece con fijeza esta enunciación: «la buena fe existe», y existe seguramente en gran número de los casos previstos por el Código. Aun cuando la ignorancia de la ley á nadie excusa, ¿á qué mujer, de cualquier clase social que se la suponga, ha llegado la noticia de si deben ser uno ó dos los testigos presenciales del matrimonio? Pues con uno que falte de los que exige el art. 100, el matrimonio es nulo. En este caso, únicamente acreditando que le era conocida la prescripción legal, y que á pesar de ella se casó, puede negarse la concurrencia de la buena fe con todas sus prácticas consecuencias Pero cuando el cónyuge que alega la buena fe es el ordenado *in sacris*, ó la monja profesa, ó la casada con otro, bastará la justificación de estas circunstancias para que el beneficio no pueda tener aplicación. Es decir, que cuando la nulidad depende de circunstancias personalísimas, la persona en quien concurren, fácilmente es despojada de los efectos de la presunción legal. Es imposible prever todos los casos cuya apreciación queda

á los Tribunales que conozcan del pleito de nulidad, y que habrán de fundar sus soluciones teniendo en consideración siempre que en el varón es más frecuente, dentro de ciertas clases sociales, el error de hecho que el de derecho; que la mujer cuando se casa abandona las exigencias del expediente á otras personas, y casi siempre á su prometido, y teniendo padres no puede serla imputable la ignorancia ó poca previsión de éstos.

El Código, haciendo prácticas sus prescripciones, establece de una manera concreta los tres casos siguientes:

Primero. Concurrencia de buena fe por parte de ambos contrayentes: surte el matrimonio los efectos civiles que las disposiciones generales asignan al mismo, la patria potestad se establece sobre los hijos y éstos son considerados como legítimos.

Segundo. Existencia de buena fe en uno de los cónyuges únicamente: se reconocen en cuanto afectan á éste los efectos referidos, y los hijos tienen la condición de legitimidad.

Tercero. Conciencia de ambos cónyuges respecto á la nulidad que afectaba al matrimonio. Este no produce efecto alguno entre los contrayentes, porque ambos procedieron de mala fe; pero los hijos son considerados como legítimos para todos los efectos civiles.

Los efectos civiles que el Código reconoce nacen en el instante en que se contrae matrimonio, no obstando para ello el que muy reciente á la primera fecha tenga uno de los cónyuges noticia de la prohibición legal ó del impedimento dirimente, pues basta que la concurrencia de la buena fe sea coetánea al momento preciso de la celebración. La regla no tiene excepción alguna, y la ficción de derecho tiene en este caso raíces profundísimas en la consideración ya apuntada respecto á la concesión á los hijos del concepto de legitimidad.

En la opinión pública dentro de las relaciones creadas por el trato social, en la comunicación diaria con amigos y deudos, el matrimonio ha existido hasta ser conocida (casi siempre por sus efectos) la decisión judicial declaratoria de nulidad. No es

la primera vez que el hecho consumado solicita con éxito la iniciativa y la sanción del legislador.

El concepto de legitimidad alcanzará seguramente á los hijos que legitime el matrimonio, puesto que los efectos civiles del mismo arrancan de su celebración, y también gozarán de ella los que nazcan dentro de los 301 días siguientes á la separación legal de los cónyuges, teniendo base esta afirmación en el art. 69 que comentamos y en el núm. 2.º del art. 45.

ARTÍCULO 70

Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe.

Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos.

Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del núm. 2.º del art. 73.

Los hijos é hijas menores de tres años estarán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, á no ser que, por motivos especiales, dispusiere otra cosa la sentencia.

ARTÍCULO 71

Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo anterior no tendrá lugar si los padres, de común acuerdo, proveyeren de otro modo al cuidado de los hijos.

Pronunciada ya la sentencia firme que declara la nulidad del matrimonio, los detalles de ejecución de la misma, en cuanto á los hijos, se regulan por estos artículos conforme á la distinción referida en el anterior sobre la buena ó mala fe con que h u ren procedido los padres para realizar su enlace.

La familia creada va á disolverse, y nace entonces la necesidad de atender al cuidado de los hijos, cuyo caso previno la ley de Partida disponiendo que «si acaeciere que se departa el matrimonio por alguna razón derecha, aquél por cuya culpa se departió es tenudo de dar de lo suyo de que crien los fijos si fuere rico, quier sean mayores de tres años ó menores, et el otro que non fué en culpa los debe de criar et haber en su guarda. Pero si la madre los oviese de guardar por tal razon como sobredicha es, et se casare, entonces non les debe haber en guarda, nin es tenudo el padre de darle á ella ninguna cosa por esta razon, ante debe él rescibir los fijos en su guarda et criarlos si oviese riqueza con que lo pueda facer.»

Los proyectos de Código de 1851 y 1882, en sus artículos 94 y 58, y la ley de Matrimonio civil en el 94, se inspiraron en la doctrina de las Partidas y en ellos tuvo base el 70, objeto de este comentario.

Según su texto, cuando por parte de ambos cónyuges existió buena fe, son entregados al padre los hijos varones mayores de tres años; los menores de esta edad y las hembras, cualquiera que tengan, son confiados á la madre, pudiendo el tribunal modificar el precepto por motivos especiales. Es de suponer que ha de constituir un caso de excepción aquel en que la conducta de la madre haga temer que la educación de las hijas no sea lo esmerada y correcta que debe esperarse. Los motivos especiales se refieren, pues, á condiciones personalísimas de la madre.

La buena fe en uno de los cónyuges hace que los hijos mayores de tres años queden bajo su inmediata custodia, sin excepción de sexo ni edad, teniendo todo ello lugar á falta de convención de los padres, quienes están en libertad de acordar en todo caso sobre el destino de los hijos lo que crean más conveniente. Pero los menores de tres años han de quedar siempre al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad, fuera del caso en que por motivos especiales disponga otra cosa la sentencia, según ya se ha indicado.

La mala fe en ambos cónyuges determina el nombramiento

de tutor conforme á lo que prescribe el núm. 2.º del art. 73 al hablar de los efectos de la demanda de divorcio.

Son tan notorios y racionales los motivos de estas disposiciones, que no hay necesidad de exponerlos.

ARTÍCULO 72

La ejecutoria de nulidad producirá, respecto de los bienes del matrimonio, los mismos efectos que la disolución por muerte; pero el cónyuge que hubiera obrado de mala fe no tendrá derecho á los gananciales.

Si la mala fe se extendiera á ambos, quedará compensada.

Quedan establecidos los efectos de la nulidad del matrimonio respecto á los derechos que la ley reconoce á los contrayentes en sus respectivos casos; quedan atendidos también los deberes relativos á los hijos y determinado su destino; falta únicamente regular la forma de liquidación de una sociedad que muere.

El art. 72 equipara la nulidad del matrimonio á la disolución por muerte, y sólo dicta una regla especial con relación á los gananciales para el caso de existir mala fe en uno de los cónyuges. Sin embargo, hemos de confesar que la doctrina no está completa La persona que busque los efectos que un matrimonio nulo produce respecto á los bienes, sólo encontrará la doctrina del art 72, y aplicándola estrictamente sufrirá un lamentable error, en el caso de existir mala fe en uno de los dos cónyuges ó en ambos. Al tratar el Código de las donaciones entre esposos, y aun en otros lugares, da por supuesta la aplicación del núm. 3.º del art. 73, á la nulidad del matrimonio, lo mismo que al divorcio, creyendo sin duda el legislador que así queda consignado en alguna parte. El cónyuge que obró de mala fe, ó ambos, si en ambos existía esa cualidad, pierden cuanto le hubiere sido dado ó prometido por el inocente, ó por otra persona en consideración á éste. El cónyuge inocente, ó ambos, si en

uno y otro existió buena fe, conserva todos los derechos que le corresponderían en caso de disolución por muerte. Véanse los arts. 1333 y 1440 y su comentario, pues se refieren á efectos de la nulidad del matrimonio con relación á los bienes.

Firme ya la sentencia de nulidad, queda destruída la apariencia de legítimo que dió al matrimonio el acto de su celebración. Llegado el caso de cumplir la ejecutoria, las donaciones que tuvieron por causa el enlace, siguen la suerte que les correspondería en caso de disolución por muerte, con arreglo al art. 72, con las modificaciones á que antes nos hemos referido, consignadas en el núm 3.º del art. 73, relacionado con el 1333, y sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el 1440, lo que prueba que no quedan siempre sin efecto, ó sea que, á pesar de tratarse de un matrimonio nulo, la ley no quiere llevar su rigor hasta el extremo de suponer que no llegó á existir, pues premia la buena fe, otorgando al que la tenga la consideración que da al cónyuge viudo. La dote es restituída juntamente con los bienes parafernales, cuando proceda la restitución de aquélla (véase el art. 1365), pues el núm. 3.º del art. 73, impone también aquí limitaciones, y los gananciales, si los hubiere, se parten por mitad, si la buena fe existió en ambos contrayentes, pues si fué de uno solo, él los hace suyos.

Las leyes de Partida adjudicaban á la cámara del Rey el caudal de ambos contrayentes cuando eran sabedores del impedimento, á no ser que no llegasen á los veinticinco años de edad; pero establecían «ca si se partiese el casamiento después que sopiesen el yerro, bien podria cada uno de ellos cobrar lo que oviese dado al otro», castigando con pérdida de la dote á la que contraía matrimonio conociendo que no era válido (1).

El art. 72, inspirado en el 90 del proyecto de Código de 1882 y en el 99 de la ley de Matrimonio civil, para definir de una manera precisa los efectos de la nulidad, los equipara al caso de la disolución por muerte, y con ello da una idea exacta de las con-

(1) Leyes 51 y 50, tít. 14, Partida 4.ª

secuencias que surgen respecto á los bienes que fueron aportados al mismo ó ingresaron en el fondo común.

Permitidas hoy las estipulaciones, según los arts. 1315 y siguientes, ha dudado algún comentarista si, declarado nulo el matrimonio, tienen eficacia aquellas, y, por lo tanto, si habiéndose pactado el que el marido haga suyos los gananciales, cabe la aplicación del precepto y su entrega á la mujer cuando aquél hubiese contraído el matrimonio con mala fe.

Aparentemente, la respuesta puede fundarse fácilmente en el art. 1326 del Código, según el cual, cuanto se estipule en las capitulaciones ó contratos con motivo de matrimonio, queda nulo si no se contrae. Bajo esta base, decíamos en las anteriores ediciones de esta obra:

La nulidad declarada por ejecutoria significa que dicho matrimonio no existió jamás legalmente; por lo tanto, no se contrajo, deduciéndose que cuantas obligaciones se subordinaron á la existencia de aquél no pueden tener validez ni efecto por estar fundadas en una causa ilícita (art. 1275), procediendo la aplicación de las prescripciones de este art. 72, y, según el mismo, la división de los gananciales en dos iguales porciones en caso de buena fe en ambos contrayentes, ó adjudicación de todos ellos á aquel que hubiese contraído matrimonio de buena fe, sin conocer hallarse impedido para ello, ó estarle prohibido el efectuarlo.

Bien examinados los preceptos del Código sobre la materia de nulidad, debemos rectificar esta opinión, no en cuanto á su resultado, pero sí en cuanto á su fundamento. El matrimonio anulado, pero contraído de buena fe, produce efectos civiles con arreglo al art. 69. En caso de buena fe, ó con relación al que la tenga, el matrimonio produce esos efectos, y por tal causa el artículo 72 no parte de la base de no haber existido nunca legalmente, sino que, antes al contrario, supone su existencia, equiparando los efectos de la nulidad (mediando buena fe) á los de la disolución por muerte. Esto supuesto, si se pactó antes del matrimonio que los gananciales habían de pertenecer al cón-

yuge que resulta inocente ó que procedió de buena fe, conserva su derecho á ellos, con arreglo al art. 69, al 72, al 73 y al 1440; y si habían de pertenecer al que después resulta culpable, al que procedió de mala fe, pierde, en virtud del núm. 3.º del último de los citados artículos, cuanto se le hubiere prometido por razón del matrimonio, y, por tanto, los gananciales pactados. Para él, el matrimonio no llegó á existir.

Si la mala fe se extiende á ambos cónyuges, el matrimonio sólo produce efectos civiles con relación á los hijos. Son entonces aplicables las razones que exponíamos derivadas de los artículos 1326 y 1275, y puesto que existen gananciales que á alguien se han de adjudicar, y la estipulación quedó sin efecto por no llegar á existir legalmente el matrimonio, se impone, bajo la base de la ineficacia del pacto, el reparto por mitad, la compensación á que alude el último párrafo del art. 72.

Si en virtud de la libertad de estipulación en las capitulaciones matrimoniales, consagrada en el art. 1315, se hubiese celebrado el matrimonio bajo un régimen distinto al de gananciales, se aplicará también el art. 72 con el núm. 3.º del 73, salvo en lo relativo á la adjudicación de los gananciales que no habrán de existir.

Por último, podrá dudarse, dadas las palabras del artículo que comentamos, si declarado nulo el matrimonio correspondería al cónyuge de buena fe la legítima en usufructo que asigna al viudo el art. 834. El art. 72 no tiene tal transcendencia: se refiere únicamente á los bienes del matrimonio, sin invadir un terreno que no le corresponde. La distribución de la herencia es una cuestión extraña á dicho artículo, á la que sólo ha de llegarse en caso de muerte. Pero al ocurrir el fallecimiento, ¿habrá derecho á esa legítima? ¿En qué casos? El examen de esta cuestión no corresponde á este lugar, porque, aunque relacionada con este artículo, y más aún con el 69 y con el 1440, debe estudiarse al comentar el 834.

ARTÍCULO 73

La sentencia de divorcio producirá los siguientes efectos:

1.º La separación de los cónyuges.

2.º Quedar ó ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fueren culpables, se proveerá de tutor á los hijos, conforme á las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, la madre tendrá á su cuidado, en todo caso, á los hijos menores de tres años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable á recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dió origen al divorcio hubiese sido el adulterio, los malos tratamientos de obra ó las injurias graves. Si fué distinta, se nombrará tutor á los hijos.

La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos.

3.º Perder el cónyuge culpable todo lo que le hubiese sido dado ó prometido por el inocente ó por otra persona en consideración á éste, y conservar el inocente todo cuanto hubiese recibido del culpable; pudiendo, además, reclamar desde luego lo que éste le hubiera prometido.

4.º La separación de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administración de los de la mujer, si la tuviere el marido, y si fuere quien hubiese dado causa al divorcio.

5.º La conservación, por parte del marido inocente, de la administración, si la tuviere, de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho á alimentos.

ARTÍCULO 74

La reconciliación pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto ulterior la sentencia dictada en él; pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Tribunal que entienda ó haya entendido en el litigio.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, subsistirán, en cuanto á los hijos, los efectos de la sentencia cuando ésta se funde en el conato á la connivencia del marido ó de la mujer para corromper á sus hijos y prostituir á sus hijas; en cuyo caso, si aun continúan los unos ó las otras bajo la patria potestad, los Tribunales adoptarán las medidas convenientes para preservarlos de la corrupción ó prostitución.

Las leyes del Digesto citadas en el comentario del artículo anterior expresaban la obligación en el marido de devolver la dote en caso de divorcio, ó la pérdida de los bienes de la mujer en caso de adulterio, delito castigado con severidad en la auténtica *Sed Hodie*, originada en la Novela 134.

Nuestras antiguas leyes no tuvieron en cuenta causa más grande ocasional de la disgregación de la familia que el adulterio de la mujer, y en algún caso el del marido, siempre considerado con menor rigor. Determinaron la mayor parte de ellas casuísticamente sobre la adjudicación ó entrega de bienes al cónyuge inocente, en cuyo poder quedaban también las personas culpables. Nada dispusieron el Fuero Juzgo (1) ni el Fuero Real (2) sobre el destino de los hijos, como lo había hecho el Digesto, diciendo: *Divortio facto, competens judex aestimavit; utrum apud patrem, an apud matrem, matrimonio separato filii morari, ac nutrire debeant* (3).

(1) Leyes 1.ª, 2.ª y 12, tít. 3.°, libro 4.°
(2) Leyes 6.ª, tít. 2.°, libro 3.°, y 5.ª, tít. 5.°, libro 4.°
(3) Leyes 23 y 26, tít. 11, Partida 4.ª

Minucioso y detallado fué el capítulo 7.° de la auténtica *Ut liceat matri et aviae*, previniendo cómo había de atenderse al sustento y cuidado de los hijos, precedente de la ley de Partida ya otra vez citada. Después de ésta no existe en nuestro derecho texto legal alguno, pues la ley 82 de Toro que se refirió al adulterio, únicamente estableció cuándo ganaba el marido la dote de la que le había deshonrado.

El proyecto de Código de 1851, en sus arts. 82 y siguientes, expresó por primera vez la doctrina contenida en este artículo, enumerando los diferentes efectos que la sentencia de divorcio produce, y en tan autorizado precedente se basó la redacción del artículo 88 de la ley de 18 de Junio de 1870, que también fué acogida por el proyecto de Código de 1882 en su art. 61. Acuerda en primer lugar el texto la separación de los cónyuges ratificándose por la sentencia, la que como provisional se llevó á efecto después de admitida la demanda según el artículo 68.

No significa esta separación que se borren los deberes que se contrajeron por el matrimonio. El de fidelidad subsiste, puesto que la mujer que separada de su marido cometa adulterio, puede ser perseguida por él y condenada con arreglo al art. 448 del Código penal; y en caso de incurrir en amancebamiento el marido, la mujer puede lograr la imposición del castigo prevenido en el art. 452, y también sigue la obligación mutua de socorrerse por medio de la prestación de alimentos, conforme á los preceptos de los arts. 142 y siguientes y al número 5.° del que comentamos.

Atiende en segundo lugar el artículo á los hijos, confiándolos al cónyuge inocente, pero asignando al culpable la obligación de alimentarlos, aun cuando por terminante prescripción pierde la patria potestad, que no recobra hasta la muerte del primero, y aun ocurrida ésta, sólo en el caso de haber ocasionado el divorcio el adulterio, los malos tratamientos de obra y las injurias graves.

Al perder la patria potestad el marido causante del divorcio,

pasan á la mujer las facultades que conceden los arts. 155 y 156, y puede ésta administrar los bienes de los hijos, hacer suyo el usufructo y realizar, en fin, cuantos derechos se expresan en los arts. 159 y siguientes; procediendo únicamente la intervención de un tutor para que queden cumplidos los deberes de protección y vigilancia cerca de los hijos, y los de su corrección cuando sea necesaria, y los de la administración de sus bienes, en tres casos. Primero: Cuando ambos cónyuges fueren culpables. Segundo: Cuando muriese la mujer separada de su marido, el cual hubiese dado causa al divorcio por tratar de violentarla para que cambiase de religión, proponerla el que se prostituyese, tratar de corromper á los hijos y prostituir á las hijas ó tener connivencia en ello, ó hallarse condenado á cadena perpetua. Tercero: Cuando muerto el marido inocente, la mujer que había estado separada del mismo por divorcio hubiese dado causa á tal situación por tratar de corromper á los hijos ó de prostituir á las hijas, tener connivencia en su corrupción ó prostitución, ó hallarse condenada á reclusión perpetua.

En todos estos casos el nombramiento de tutor ha de hacerse *conforme á las disposiciones de este Código*. Por consiguiente, habrá de estarse á lo que dispone el art. 200 para determinar si los hijos están ó no sujetos á tutela, y caso de estarlo, se procederá á la constitución del consejo de familia conforme á los artículos 293 y siguientes, y al nombramiento por éste del tutor y protutor, caso de no haberlos testamentario ni legítimo, según se dispone en los arts. 231 y 233.

En virtud del divorcio tiene lugar la aplicación de la doctrina emanada de las antiguas leyes. El cónyuge inocente recobra cuanto dió al culpable, y aun se le reserva su acción para reclamar el cumplimiento de promesas que el último le hizo con ocasión del matrimonio, y el cónyuge culpable pierde cuanto dió y queda obligado al pago de lo que prometió; y es de creer, aun cuando el artículo no lo dice, que cuando marido y mujer fuesen culpables, caso que puede ocurrir según expresa el párrafo segundo del núm. 2.°, se acudirá á lo que prescribe el art. 72; es

decir, que quedará compensada la culpabilidad y cada cual recobrará lo suyo.

Respecto á la separación de bienes y la pérdida por el marido de la administración de los de la sociedad conyugal y la de los de la mujer, ya queda dicho en el comentario al artículo 68 cuanto puede determinar el alcance de la prescripción y la forma de realizarse.

La mujer culpable que tuviese bienes parafernales y durante el matrimonio no hubiera querido desposeerse de su administración, la pierde desde que es firme la sentencia de divorcio.

No puede darse á ésta tal alcance, que impida el que la familia se reconstituya y se olviden pasados agravios. El Código prevé el caso de que esto suceda, pero obliga á los cónyuges á ponerlo en conocimiento del tribunal que hubiese entendido en el pleito de divorcio La voluntad de los interesados en él, rompe los efectos de la sentencia, y en esto el legislador ha tenido en cuenta el precedente de las leyes de Partida, estableciendo aun en caso de adulterio de la mujer, que «si la quisiere perdonar el marido, puédelo facer, et que veviesen en uno et se ayuntasen carnalmente tambien como si non fuessen departidos..., et si la perdonase el yerro, la dote et las arras et las otras cosas que habien de consuno, deben ser tornadas en aquel estado en que eran ante que el adulterio fuese fecho» (1).

El Código, al prever el restablecimiento de las relaciones íntimas que nacen de la vida en común, no pudo, sin embargo, dejar de tener en cuenta, para determinar los efectos de la reconciliación, los diferentes motivos de la ruptura.

Cualquiera que haya sido la causa del divorcio, los cónyuges pueden reunirse; pero no en todos los casos recobran la patria potestad, que sería peligroso el reconocerles cuando en el litigio que á la separación precedió se hubiese demostrado sus perversas intenciones y propósitos respecto á los hijos. En este caso, poco frecuente por ventura, los Tribunales son llamados á evi-

---

(1) Leyes 2.ª, tít. 9.°, Partida 4.ª, y 15, tít. 17, Partida 7.ª

tar el mal, utilizando, además de lo que ordena el artículo 74, el precepto del 171.

Jurisprudencia. — Dictada sentencia de adulterio contra la mujer á instancia del marido, y sentencia de divorcio contra el marido á instancia de la mujer declarada inocente, puede conferirse á ésta la potestad sobre sus hijos, con arreglo al núm. 2.° del art. 73 (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1899).

Artículos 68, núm. 5.°, y 73, núm. 4.°—Pendiente juicio de divorcio, no puede obtener la mujer autorización judicial para administrar sus bienes al amparo del art. 68, pues esto sólo procedería con arreglo á los preceptos del 73 y 1433, después de dictada la sentencia firme de divorcio y resultar de ella la culpabilidad del marido (sentencia de 12 de Enero de 1900).

La mujer que obtiene á su favor sentencia de divorcio, no necesita licencia de su marido para enajenar los bienes cuya administración le corresponda, y sólo debe pedir autorización judicial en los casos á que el art. 1444 se refiere (sentencia de 19 de Junio de 1899).

El derecho á alimentos de la mujer que dió causa del divorcio, es, con arreglo al art. 73, núm. 5.°, absoluto, y debe reconocerse, no sólo cuando posea bienes, sino aunque carezca de ellos, en cuyo caso deben suministrársele los necesarios á su mero sostenimiento (sentencia de 12 de Mayo de 1900).

Acerca de la obligacion de costear con fondos de la sociedad conyugal el marido los gastos de los pleitos en general, sostenidos entre uno y otro cónyuge, véase la doctrina del Tribunal Supremo en el comentario de los arts. 59 á 63.

Decretado el divorcio, queda nula é ineficaz la hipoteca constituída por el marido en garantía de las arras ofrecidas á su mujer, con arreglo á lo dispuesto en el núm. 3.° del artículo 73 (sentencia de 10 de Diciembre de 1892).

La mujer que vivó legalmente divorciada de su marido, no pierde por ello el derecho á pensión del Tesoro ni tiene que partirla con los hijos, porque ese derecho es personalísimo y se halla

concedido con absoluta independencia de la voluntad del causante y de los preceptos del Código civil (sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de 13 de Julio de 1896).

CAPITULO II

Del matrimonio canónico

Consecuencia de la base tercera, establecida en virtud del acuerdo conseguido con la Santa Sede sobre la transcendental materia referente al matrimonio de los católicos, es el capítulo presente.

El objeto de sus disposiciones se reduce á declarar en forma legal que el matrimonio canónico produce todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes, y á establecer á qué debe limitarse la intervención del Estado en dichos matrimonios, con el único fin de que ante él quede demostrada su celebración á los efectos indicados.

La necesidad de estas disposiciones á nadie puede ocultarse desde el momento en que el matrimonio canónico ha sido reconocido por el Código, y el por qué de este justo reconocimiento queda estudiado en el comentario del art. 42, que puede darse aquí por reproducido.

ARTÍCULO 75

Los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino.

Este artículo, con sus declaraciones, encierra y virtualmente reproduce toda la legislación eclesiástica vigente en cuestión de matrimonio. Es, pues, como si á este lugar del Código se hu-

biesen trasladado las disposiciones del Santo Concilio y de la Iglesia católica, y por ello, y en atención á que en España ha de ser la canónica la forma de matrimonio empleada en la inmensa mayoría de los casos, es indispensable, so pena de que la obra peque de deficiente en materia de tanta aplicación y de tanta transcendencia, hacer una breve reseña de las referidas disposiciones que sirva de complemento al artículo comentado.

I

Origen, naturaleza y objeto del matrimonio canónico.

Para los católicos, el matrimonio es de origen divino, uno de los Sacramentos de la ley nueva (1), que, bajo la forma de un signo sensible, infunde la gracia y simboliza la unión de Cristo con la Iglesia, en cuyo último sentido la apellidó *Sacramento grande* el Apóstol San Pablo (2). Por este Sacramento se purifica, además, todo lo que en el matrimonio hay de carnal é impuro, y él da fuerza á los casados para cumplir sus deberes y para llenar como corresponde sus elevados fines.

Estos son: la conservación de la especie humana, la educación de los hijos y el auxilio mutuo de los cónyuges, siendo, por tanto, una de las mejores definiciones del matrimonio la que da el canonista Sr. Golmayo, al decir que «es la unión legítima y perpetua del varón y de la mujer para la procreación, la educación de los hijos y el mutuo auxilio de la vida».

(1) El Concilio Tridentino en su canon 1.°, ses. 24, *De Sacramento Matrimonii*, dijo: «Si quis dixerit, Matrimonium non esse veré, et propié unum ex septem legis Evangelicæ Sacramentis á Christo Domino institutum (*) sed ad hominibus in Ecclesia inventum; neque gratiam conferre; anathema sit» Ya anteriormente el Concilio de Florencia había declarado en su *Decreto para instrucción de los Armenios*, que el matrimonio, conforme á la doctrina de la Iglesia, es un sacramento

(2) *Epist ad Ephes.*, cap 5.°, «Sacramentum hoc magnum est: Ego, autem dico in Christo et in Ecclesia.„

(*) Math. 19, Marc. 10, Ephes. 5.°

Y no se arguya que, según esta definición, no será verdadero matrimonio el contraído entre personas de edad tan avanzada que resulten inhábiles para la procreación, porque ésta no es el único fin esencial de la unión, sino uno de los tres enumerados; Walter (1) dice «que no hay duda de que las relaciones entre ambos sexos son la base del matrimonio; pero que el complemento sexual no es de esencia, pues de serlo llegaría un tiempo en que se perdiese la cualidad de esposo».

Cuando no habría verdadero matrimonio sería cuando se pactara con anterioridad á su celebración que no había de haber unión carnal entre los cónyuges, y así opina el antes citado señor Golmayo, añadiendo que por esto hay que tener la procreación como uno de sus fines esenciales (2).

En cuanto á la perpetuidad é indisolubilidad del vínculo basta recordar que el primer hombre declaró, inspirado por el Espíritu Santo, que marido y mujer *serán dos en una sola carne*, y que Nuestro Señor Jesucristo, al enseñar con más claridad aún que se unen y juntan por el matrimonio dos personas solamente, refiriéndose á aquellas palabras como pronunciadas por Dios, dijo: *Itaque jam non sunt duo, sed una caro*, y añadió inmediatamente, para confirmar la seguridad del vínculo, tanto tiempo antes declarada por Adán: *Quod ergo Deus conjunxit, homo non separet* (3).

Esta doctrina excluye, pues, toda idea de concubinato ú otra unión pasajera y de poligamia y poliviria.

La educación de los hijos y el auxilio mutuo de los cónyuges son precisas consecuencias de la naturaleza humana. Lo relativamente larga que es la infancia del hombre, los múltiples cuidados del orden físico y del moral é intelectual que exige por

---

(1) *Derecho eclesiástico universal.*

(2) Este tratadista en una nota de su obra *Instituciones del Derecho canónico*, tercera edición, dice que el matrimonio de San José y de la Virgen María no se encuentra en tal caso, porque en él no hubo pacto de no cohabitar, aunque los esposos sabían respectivamente el voto de castidad que cada uno tenía hecho.

(3) Conc. Trid. ses. 24, *Doctrina de Sacramento Matrimonii.*

parte del padre y de la madre, y los consejos y la solicitud constante indispensables aun después de la pubertad, hacen de la educación de la prole otro de los fines esenciales del matrimonio, así como también le hace del mutuo auxilio de los cónyuges la necesidad que éstos experimentan de prestarse recíprocamente toda especie de atenciones.

II

Materia, forma y ministro del matrimonio canónico.

Siendo por derecho canónico el matrimonio sacramento, y siendo punto dogmático que en todo sacramento hay materia, forma y ministro, los teólogos han debatido con gran empeño cuáles son éstos, opinando de muy distintos modos, porque la Iglesia, salva la fe, lo ha dejado sujeto á libre discusión, no queriendo resolver nada acerca de ello.

Aunque, según queda dicho, al hacer la ligera reseña histórica que sirve de introducción al estudio del presente título, esta cuestión es más propia de un tratado de derecho canónico ó de teología que de unos comentarios al Código civil, hablando aquí del matrimonio bajo su aspecto sacramental, preciso es hacer alguna somera indicación sobre ella, porque como dice muy bien el Sr. Gutiérrez y Fernández (1) al preguntarse quién es el ministro de este sacramento: «Aunque no es fácil contestar á esta pregunta, esquivarla sería inútil; si todas las cuestiones sociales entrañan una cuestión teológica, la importancia de la presente es grande, pues diríase que entraña el problemade la secularización del matrimonio.» Con efecto, para algunos puede variar la índole de éste según se considere ministro del sacramento el sacerdote ó los mismos contrayentes.

Sin entrar á examinar, y aun menos á juzgar los argumentos que de una y otra parte se han expuesto, porque eso sí que no

(1) *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tercera edición.

pertenece á la naturaleza de esta obra, bastará recordar que para unos los contrayentes son la materia y el ministro, y las palabras manifestando el consentimiento son la forma; que para otros el ministro son también los contrayentes; pero el mutuo consentimiento expresado por palabras ó señales es materia en cuanto es determinada, y forma en cuanto determina, y que para el ilustre teólogo Melchor Cano, Estío, Drouven y sus partidarios, el contrato es la materia, la bendición sacerdotal la forma y el ministro el sacerdote.

Algunos han considerado peligrosa esta última teoría, diciendo que de ella puede deducirse la distinción entre el contrato y el sacramento, y por esto en los tiempos modernos Perronne ha optado por la sustentada por las escuelas anteriores, entendiendo que al ser ministros del matrimonio los contrayentes mismos, resultan en su origen identificado sacramento y contrato. En cambio, los que profesan la doctrina opuesta dicen, que si se estima que los contrayentes lo son todo, la intervención de la Iglesia por medio del sacerdote es tan secundaria que, haciendo en realidad de éste un depositario de la fe, y no otra cosa, se puede llegar á la secularización del matrimonio paso á paso.

Consecuencia de esta diversidad de opiniones es que para los unos hay sacramento en habiendo contrato matrimonial, porque á tal dignidad, dicen, fué elevado el matrimonio por Jesucristo, resultando de ello ser sacramentos todos los matrimonios de los cristianos (1); mientras que para los otros, si bien hay matrimonio legítimo, no hay sacramento hasta después de la bendición del sacerdote, por lo cual los matrimonios celebrados ante el párroco por sorpresa, ó llevado engañado, ó por la fuerza, serían verdaderos matrimonios, pero no tendrían la cualidad de sacramentos.

---

(1) Sacando la misma deducción, dice M. Fernando Walter, *Derecho eclesiástico universal*, que serán sacramentos los matrimonios de los protestantes. A tal deducción pone la siguiente nota: «Calvachini Arciepisc, Philipp de matrim. inter hæretic, p 42. Negari autem debet que tales conjuges (acatholici) conversi possint ad invicem divelli, quia probabile est, ejulmodi matrimonia valere et esse vera sacramenta.»

No insistiendo más sobre este punto por los motivos anteriormente expresados, y dejando, por tanto, su decisión á quien corresponde, preciso es tratar ahora de las diferentes especies en que los canonistas y teólogos dividen el matrimonio.

III

Diferentes especies de matrimonios.

La principal división del matrimonio que establecen los canonistas es en *legítimo, rato* y *consumado*, siendo el primero el que se contrae según el derecho de gentes, y no en la fe de Cristo, como es el celebrado por infieles; el segundo, el verificado ajustándose á las prescripciones de la Iglesia, pero sin que se haya seguido aún unión carnal entre los cónyuges; el tercero, el contraído con arreglo á dichas prescripciones, completado con la cópula, y es el que significa la unión de Jesucristo con su Iglesia (1).

Divídenle también: en *verdadero*, cuyo mismo nombre lo define; en *presunto*, que era el que se tenía por celebrado sin estarlo realmente, como antes del Concilio de Trento acontecía en el caso de unirse carnalmente los esposos después de los esponsales; y en *putativo*, ó sea el contraído con las solemnidades de la ley, pero mediando algún impedimento dirimente ignorado por uno ó por los dos consortes; matrimonio, que, aunque nulo en rigor, es sostenido por la Iglesia reconociendo la legitimidad de la prole, en atención á la buena fe y en evitación de más graves perjuicios.

En consonancia con esta doctrina se hallan redactadas las disposiciones del art. 69 del Código.

---

(1) Esta división tiene más importancia de la que á primera vista representa, y para convencerse de ello y de la influencia que puede ejercer en cuanto á los efectos civiles del matrimonio, suficiente es recordar que cuando no ha tenido lugar la unión de cuerpos, puede decretarse la disolución del vínculo matrimonial por entrar en religión uno de los cónyuges, mientras que cuando el matrimonio se ha consumado, es indisoluble.

Hay además matrimonios *in artículo mortis* y *de conciencia* de que es necesario hacer mención, porque el Código en sus artículos 78 y 79 se ocupa de ellos determinadamente. El primero, como lo indica su nombre, es el celebrado en los últimos momentos de la vida, por lo cual algunos lo llaman *in extremis* (1) y constituye uno de los casos en que, como se verá más adelante, pueden ser dispensadas las proclamas. El segundo es el que sin preceder éstas se verifica ante el párroco y dos testigos en secreto, con objeto de que permanezca oculto hasta que, cesando el motivo de la reserva, se le dé la publicidad debida.

Respecto á los matrimonios de esta clase hay que tener en cuenta que antes de Benedicto XIV no podían probarse legalmente, porque no se inscribían en los libros parroquiales; pero que después de ese Pontífice, que en su Bula *Satis vobis* mandó que únicamente pudiera permitirlos el Obispo por causa *grave*, *urgente* y *urgentísima*, atendiendo á la cualidad de las personas, llevan los Obispos un registro secreto, compuesto de dos libros cerrados y sellados, destinados el uno para inscribir las partidas de estos matrimonios, y el otro las de los hijos que de ellos nazcan, cesando la obligación del secreto si el padre, ó la madre en su defecto, dejan de dar cuenta al Obispo en el término de treinta días del nacimiento de los hijos.

Acerca de los matrimonios *condicionados*, no admitidos ya en la práctica, aunque, como dice el canonista Sr. Golmayo, tal vez «el Obispo los podrá consentir en algún caso muy singular con las debidas precauciones y por motivos de grande interés»; de los matrimonios *morganáticos*, que eran los contraídos entre personas de diferente condición, y de los matrimonios *clandestinos*, que se verificaban de una manera oculta, sin proclamas ni escri-

---

(1) El decreto *Ne Temere* de Pío X establece la legislación novísima sobre matrimonios *in extremis*: «En grave peligro de muerte, donde no sea posible la presencia del párroco, ni del Ordinario, ni de un Sacerdote delegado por uno ú otro, para mirar por la conciencia y (si acaso hubiera prole) por la legitimación de ésta, puede el matrimonio contraerse válida y lícitamente, expresando los contrayentes su formal consentimiento ante dos testigos.»

tura y sin intervención de sacerdote ni de testigos, y que fueron prohibidos para lo sucesivo por el Concilio Tridentino (1), no teniendo aplicación actual las disposiciones dictadas sobre ellos, basta dedicarles este recuerdo con el fin de que no quede incompleta la materia.

Por último, de los matrimonios llamados *mixtos* por algunos tratadistas, es decir, de los celebrados entre individuos de distinta religión, se hablará al hacerlo de los impedimentos, debiendo dejar su estudio para entonces con objeto de evitar repeticiones.

Resta, pues, tan sólo el examen de los matrimonios *por poder*, que son los llevados á cabo por medio de un enviado especial ó de persona apoderada especialmente. Según los autores, para que sean verdadero sacramento es necesario: que en poder especial se determine la persona con quien se ha de contraer: que el apoderado no pueda sustituirlo sin autorización expresa en debida forma, y que no haya sido revocado antes de la celebración del matrimonio, porque de serlo, aunque de ello no tuviesen noticia ni el procurador ni la esposa, aquél será nulo (2), por lo cual, en la revocación, debe hacerse constar el día, la hora, y á ser posible, los minutos, debiéndose consignar los mismos datos si se trata de la muerte del poderdante. Añaden, además, que es también preciso que el apoderado no exceda en nada los límites del mandato, y que no debe olvidarse que, según el Digesto (3), la mujer no podía casarse por poderes por estar expuesta á fraudes y engaños por la debilidad de su sexo. Sin embargo, en cuanto á esto no hay nada establecido de un modo expreso. Berardi (4) opina que por recta interpretación se debe sostener la jurisprudencia romana, mientras no conste que se halla derogada por la costumbre; pero según algunos, sólo quiere decir que en todo caso á la mujer debe permitírsele con mayor dificultad

---

(1) Ses, 24, de *Reformationi matrimoni*, cap. 1.°
(2) Decretal de Bonifacio VIII, cap. 9.° *De procurat. in Sexto.*
(3) Ley 5.ª *De ritu nuptiarum.*
(4) Tomo III, disert. 5.ª

que al hombre el casamiento en esta forma. Por otra parte, para los canonistas tampoco ofrece duda alguna que así existe un contrato matrimonial perfecto, porque la causa eficiente de éste, dicen, es el mutuo consentimiento de los contrayentes.

IV

Del consentimiento como requisito esencial del matrimonio.

El consentimiento de los cónyuges, claro está que es de tanta entidad para la celebración del matrimonio en la esfera del derecho canónico, como en la del civil. La esencia de la institución está en la fusión de las voluntades por el consentimiento; la unión de los cuerpos es consecuencia de la moral: no hace el matrimonio el coito, sino la voluntad (1). El consentimiento, por tanto, debe ser libre y no viciado por el error, por la fuerza, ó por el miedo, porque los actos realizados sin conocimiento ó en virtud de un impulso fisico ó moral irresistible, ni son libres, ni voluntarios.

La necesidad del estudio de esta cuestión, así como del de la mayor parte de las expuestas y de las que hay que exponer en este comentario, es innegable. El Código tiene por nulo el matrimonio de católicos declarado nulo por la Iglesia, y se limita á regular los efectos civiles de la sentencia de nulidad dictada por los tribunales eclesiásticos, encomendando su ejecución, en cuanto á dichos efectos, á los tribunales ordinarios. Nada establece por sí, porque, según queda dicho anteriormente, hace suya la legislación eclesiástica vigente en la materia, siendo en su consecuencia preciso resolver con arreglo á ella las dudas que se susciten. De aquí que para que esta obra llene el fin práctico que se propone, sea conveniente tratar, aunque con la brevedad mayor posible, todos estos puntos en que tan íntimamente

---

(1) «Matrimonium quidem non facit coitus, sed voluntas.» Causa 27 quæst, 2, c. 1.

relacionado está el derecho civil con el canónico, y para cuya decisión es necesario acudir en consulta á tratados especiales, lo cual es siempre penoso para el letrado y de gran dificultad para los legos.

Pues bien: un matrimonio canónico puede ser ó puede no ser nulo, contraido mediando error ó á impulsos del miedo ó de la fuerza, y para saber si será procedente solicitar la nulidad en un determinado caso y calcular el éxito probable de la contienda, habrá que recurrir á las leyes eclesiásticas en relación con el artículo objeto de este estudio.

Por ello es de consignarse aquí, que, además de ser nulos los matrimonios celebrados por individuos faltos del uso de la razón por cualquier causa, lo serán también lo contraídos por personas, que gozando de aquélla, no han consentido realmente por haberlo hecho con error en el caso especial de que se trate. El error, sin embargo, ha de ser en cuanto á la persona, porque si es en cuanto á sus cualidades, las nupcias serán válidas, á no ser que la cualidad, como dice Santo Tomás, *redunde en la persona;* entendiendo los autores que esto acontece «cuando el contrayente se propuso como fin aquella cualidad, sin la cual no hubiese consentido» (1).

Lo mismo que respecto al error puede suceder en cuanto al miedo; unas veces anula el matrimonio en cuya celebración ha intervenido y otras no le anula.

Procurando establecer alguna regla á qué atenerse para resolver la duda, dividen el miedo los tratadistas en *grave ó leve*, en *impuesto por la naturaleza* ó *por el hombre*, y estiman que sólo podrá ser causa de nulidad el grave, y no en todos los casos,

---

(1) Ponen como ejemplo el caso en que un individuo, creyendo casarse con la heredera del trono, se case con otra que no lo sea, y sostienen que el error en las otras cualidades no puede determinar la nulidad del matrimonio, porque estas cualidades, como cosa que no puede reducirse á número, peso ni medida, son de apreciación muy arbitraria, sin que la fortuna, la honestidad, la nobleza ó la hermosura en más ó menos grado puedan tenerse por bastante causa para declarar nulo el matrimonio. El que con error de esta índole contrae, añaden, consiente verdaderamente en la persona.

puesto que si es producido por causa natural, como guerra, tormenta ó peste, por ejemplo, ó si se origina de la amenaza hecha al estuprador de poner su delito en noticia de los tribunales, ó de un motivo análogo, el vínculo contraído será válido; diciéndose del miedo de esta última especie que es *causado sin injuria.*

Hay que tener además presente que no es indispensable que el miedo grave recaiga directamente sobre la persona que ha contraído, sino que será bastante para producir efectos que el peligro amenace á alguno de sus parientes allegados, y que es preciso considerar en cada caso el sexo, edad, condición moral, etc., del que al miedo ha sucumbido. De modo que, para que éste anule el matrimonio, es indispensable que sea grave é impuesto *contra derecho* por el hombre.

En cuanto á la fuerza, siempre es tenida como causa suficiente de nulidad; porque en los actos por fuerza ejecutados nunca hay consentimiento, á diferencia de lo que acontece con el miedo, que da lugar á que el sujeto delibere entre rendirse ó sobreponerse á él.

El consentimiento, libre y destituído de todo vicio, ha de ser expresado por palabras terminantes y de presente ó por señales admitidas por derecho ó por costumbre. «Causa efficiens matrimonium regulariter et mutuus consensus per verba de præsenti expressus», dijo el Concilio de Florencia, indicando con la palabra *regulariter* ser el modo consignado el más común de manifestar el consentimiento; el que deben usar siempre los que no se hallen privados de la facultad de hablar, y admitiendo, por consiguiente, que los que no la gocen pueden valerse de señales que no dejen lugar á duda sobre su voluntad, como el darse las manos ó la entrega recíproca del anillo (1)

---

(1) Inocencio III, c. 25, *de Sponsal.* «Nam surdi et muti possunt contrahere matrimonium per consensum mutuum sine verbis.»

V

Solemnidades y requisitos anteriores al matrimonio.

Hasta aquí lo que con el consentimiento de los contrayentes se relaciona. Ahora correspondería tratar del que de sus padres deben alcanzar los hijos de familia; pero hallándose expuesto con amplitud anteriormente en los comentarios de los arts. 45 y siguientes, en aquel lugar puede verse lo que acerca de él se encuentra establecido.

En este punto se ocupan los canonistas de los esponsales ó promesa recíproca de futuro matrimonio, que antes del Concilio de Trento podían distinguirse en *de presente* y *de futuro*, y que después de él han quedado reducidos á los de la segunda especie, porque los *de presente* son verdadero matrimonio.

Como el Código no reconoce fuerza de obligar á los esponsales de futuro, prescribiendo que ningún tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento, no existe sobre este asunto la estrecha relación que sobre otros entre la ley civil y la eclesiástica. Por ello parecería que debía prescindirse aquí en absoluto de su estudio; pero teniendo en cuenta que el derecho canónico les otorga fuerza hasta el extremo de constituir impedimento, según se verá más adelante, y, por tanto, que existiendo éste, el matrimonio, á pesar de él celebrado, resultará nulo en algunos casos, es evidente que por los mismos motivos expuestos al hablar del error y del miedo, es preciso también decir algo acerca de los esponsales, si bien no sea más que lo estrictamente indispensable.

Su estudio debe, por consiguiente, limitarse á recordar: 1.°, que sólo podrán celebrarlos: los que pueden consentir en matrimonio; los mayores de siete años, pero quedando en libertad de separarse de ellos llegada la pubertad (1); los que no tienen nin-

(1) *De spons. impub.* caps. 4.° y 13, é *Idem*, cap 8.

gún impedimento dirimente, por lo cual no valdrán los contraídos por parientes bajo la condición de obtener la necesaria dispensa (1), y los que no tienen impedimento perpetuo. Además, no hay que olvidar que los padres pueden celebrarlos por sus hijos, siempre que éstos consientan de una manera expresa ó tácita; 2.°, que pueden contraerse bajo condición *posible*: pues si es *imposible* de hecho ó de derecho, se entiende que el que la ha puesto no ha querido consentir y los esponsales serán nulos; 3.°, que han de celebrarse por consentimiento mutuo manifestado por escrito (2); 4.°, que los contraídos en legal forma originan, como ya queda indicado, un impedimento impediente respecto de cualquiera otra unión y el dirimente de pública honestidad, y para la Iglesia la obligación de celebrar el matrimonio. Y 5.°, que pueden disolverse por mutuo consentimiento, por mudanza de estado (3), por cambio de costumbres (4), por haber sobrevenido enfermedad incurable ó deformidad corporal, ó pobreza ó pérdida considerable en los bienes (5), por diferirse sin razón el matrimonio señalado para determinado día, y por ausencia lejana de uno de los esposos sin consentimiento ni noticia del otro (6).

---

(1) Berardi, *Comment. in jus. ecles.*, tomo III, disert. 2.ª, quæst. 3.ª

(2) Según el reciente decreto *Ne témere*, la forma de los esponsales ha de ser escrita en acta que firmarán los contrayentes con el Párroco, ó con el Ordinario, ó con dos testigos por lo menos. Si alguno ó ambos contrayentes no saben firmar, se consignará en acta y firmará un testigo más, con el Párroco, ó con el Ordinario, ó con los otros dos testigos, y serán tres. Sin esta forma escrita, los esponsales no valen ni producen efectos canónicos.

(3) Esta puede tener lugar por profesión religiosa, recepción de órdenes ó celebración de matrimonio con otra persona. En todos los casos, el esposo que ha permanecido fiel á su promesa queda libre; pero el otro continúa obligado para si ocurriese viudez ó nulidad de órdenes ó de profesión. Si se tratase de órdenes menores, como no constituyen impedimento para el matrimonio, la esposa, en libertad ya, tiene comprometido al esposo hasta que se ordene de orden sagrado. Golmayo, *Instituciones de derecho canónico*.

(4) Puede resultar por fornicación; distinguiendo los canonistas entre la anterior y posterior á los esponsales, la del hombre y la de la mujer. Sobre ello debe consultarse la *Decretal* de Inocencio III, *De jure jurando*, cap. 25. También resulta de herejía ó de cualquier delito infamante.

(5) El que ha sufrido la mudanza siempre queda obligado.

(6) Si la ausencia es necesaria, la obligación de esperar no termina. Si

Sólo es de advertir que, aunque uno de los efectos de los esponsales en el derecho eclesiástico es la obligación de contraer el matrimonio prometido, esta obligación no es absoluta y terminante, pues si bien es verdad que Alejandro III en su decretal *De Sponsal.*, cap. 10, prescribe que si el esposo que se apartase de su promesa se negase á cumplirla después de ser amonestado, debe ser compelido á ello con censuras eclesiásticas, también lo es que un año más tarde Lucio III por otra decretal previno que no se obligase á los esposos á la celebración del matrimonio, sino que únicamente se les amonestase. Sin embargo, por estar recopiladas juntas ambas decretales (1), dudan los comentaristas de que la segunda derogue á la primera y creen, conciliándolas, que se podrá usar hasta de la censura, si la resistencia no es obstinada ni se teme que la unión llegue á resultar funesta, y sólo de la amonestación en caso contrario (2). En la actualidad no se obliga al esposo resistente con la imposición de censuras; pero si por circunstancias especiales llega á hacerse, el matrimonio es válido. Hay que tener presente que si la *esposa* ha sido violada ó estuprada por el *esposo*, debe éste ser obligado á casarse con ella y á indemnizarla (3).

Resulta, pues, de lo dicho que, realmente, tampoco en el terreno del derecho canónico producen los esponsales *de futuro* la obligación de contraer matrimonio (4); puesto que, á no ser en este último caso, no se puede compeler al *esposo* al cumplimiento de su promesa.

---

es voluntaria, pero justa, dura dos años en la provincia y tres fuera. Citado señor Golmayo.

(1) Por San Raimundo de Peñafort: publicadas por Gregorio IX.

(2) Billuar, *Cursus theologicæ de Sponsal*, art. 4.º

(3) El Código penal, en su art. 458, castiga con arresto mayor el estupro cometido, interviniendo engaño, por cualquiera persona que no sea de las comprendidas en sus dos primeros párrafos, y el Tribunal Supremo ha decidido que constituye engaño para estos efectos la promesa no cumplida de futuro matrimonio Sentencias, entre otras, de 28 de Octubre de 1872 y de 7 y 24 de igual mes de 1874. El perdón no se presume sino por el casamiento. (Artículo 463 del mismo Código)

(4) Cavalario opina que en Occidente, luego que se desusaron el ósculo y la bendición sacerdotal, es muy débil la obligación que nace de los esponsales.

De todos modos, la decisión de las contiendas que se susciten sobre validez ó subsistencia del compromiso, corresponde al juez eclesiástico después de haber oído á las dos partes. La importancia de esta resolución se extiende naturalmente á lo civil, porque de ella, según queda manifestado, puede depender la nulidad de un matrimonio, y esta nulidad es reconocida por el Código, y porque el penal (1) castiga al que se casare mediando algún impedimento dispensable.

Finalmente, siendo así que desde la pragmática de 1803 (2) los jueces eclesiásticos no admitían demandas sobre esponsales, sino en el caso de hallarse éstos celebrados por escritura pública, se creía por analogía que para resolver sobre ellos, si por alguien se alegaba su existencia ó fuera necesario determinarla, era preciso que en dicha forma se hallasen contraídos. Mas después del decreto *Ne Témere*, á que ya hemos hecho referencia, es indudable que hay que aplicar en España la forma canónica prescrita por aquél para los esponsales, y, por consiguiente, no es menester la intervención de notario.

Otro de los requisitos que deben preceder á la celebración del matrimonio, es la sustanciación del expediente de libertad de los contrayentes, pues ante todo es indispensable que al párroco le conste que éstos son libres y que entre ellos no media ningún impedimento. En ocasiones puede adquirir por sí mismo la certeza por medio de diligencias que practique, y en la mayoría de los casos la obtendrá del resultado de las que se lleven á cabo por la curia episcopal. Podrá ocurrir lo primero cuando los contrayentes hayan nacido y vivido constantemente en la parroquia, ó cuando solamente hayan residido siempre en ella desde antes de la edad núbil, ó cuando siendo de distintas parroquias de una misma diócesis, puedan los párrocos comunicarse con facilidad y evacuar los informes que el uno al otro se pidan; y tendrá lugar lo segundo cuando se trate de personas de diócesis distintas

(1) Art. 488. El que contrajere matrimonio mediando algún impedimento dispensable, será castigado con una multa de 125 á 1 250 pesetas.

(2) Ley 18, tít. 2.º, libro 10 de la Novísima Recopilación.

ó que siendo de una misma hayan estado ausentes de ella por algún tiempo después de la pubertad, ó de extranjeros ó de vagos; pues aunque el Concilio de Trento (1) se ocupa únicamente de estos últimos, no puede negarse que los otros se encuentran en circunstancias semejantes, que son causa de que el párroco por sí solo no pueda asegurarse de su libertad ó soltería.

La justificación cumplida de éstas es punto de tal importancia para la Iglesia, que se halla prevenido en muchas diócesis que recurran á las vicarías también los militares, á pesar de que debe serles suficiente presentar certificación de soltería expedida por los párrocos castrenses con el visto bueno de sus jefes, siendo de tener en cuenta, además, que análoga prevención se ha hecho asimismo respecto á los licenciados de presidio.

Forman parte esencialísima de estos expedientes, conocidos por *de vicaría ó de parroquia*, según los casos, las declaraciones que los contrayentes prestan expresando que desean celebrar el matrimonio de libre voluntad, que no se opone á él ningún impedimento y que desde tal época se tienen dada palabra de casamiento, manifestación que únicamente puede tener importancia cuando uno ó ambos sean viudos, porque, como ya queda dicho en otro lugar, no es posible esta palabra mientras se halle subsistente el matrimonio (2).

Estas declaraciones, que comunmente se denominan *dichos*, dan lugar á una duda aun no resuelta, que ha sido la causa principal de que aquí se mencionen, y que será objeto de estudio al hablar de los impedimentos emanados de los esponsales.

De la tramitación del expediente y de los demás elementos que le constituyen, no trataremos por ser cuestión que no cabe en los límites de esta obra.

---

(1) Cap. 7.°, ses 24 *de Reformatione matrimonii*: «Parrochis autem præcipit, ne illorum matrimoniis intersint, nisi prius diligentem inquisitionem fecerint, et re ad Ordinarium delata, ab eo licentiam id faciendi obtinuerint.»

(2) Lo concerniente á estas materias se halla con extensión expuesto en el *Tratado teórico-práctico de procedimientos eclesiásticos*, de los Sres. Gómez Salazar y Lafuente, á que puede recurrir quien tenga necesidad de ampliar las ideas apuntadas en este comentario.

Es también requisito anterior al matrimonio la publicación de las proclamas ó amonestaciones, cuyo fin es que, dándose publicidad al enlace proyectado, pueda ser denunciado algún impedimento desconocido ó callado por los contrayentes.

Aunque conocidas desde el siglo XII en Francia, su uso no se hizo extensivo á toda la Iglesia hasta el Concilio IV de Letrán; pero sin reglas. El de Trento, en el capítulo 1.º de la tantas veces citada sesión 24 *de Reformatione matrimonii*, dispuso que el cura propio de los contrayentes (puede encomendarlo á otro) proclame en público en la iglesia, en tres días de fiesta consecutivos, mientras se celebra la misa, los nombres de los que han de unirse en matrimonio. Cuando los interesados pertenezcan á distintas parroquias, deben leerse en ambas las proclamas, y en el caso de haber tenido varios domicilios se habrán de publicar en las de todos éstos, á no ser que se opongan á ello costumbres especiales de la diócesis.

Entre la última de las amonestaciones y la celebración del matrimonio, debe dejarse transcurrir tiempo suficiente para que surta efecto. Generalmente fijan el plazo las constituciones sinodales: si no se halla establecido, el párroco tendrá que atenerse á la costumbre. Si desde su publicación pasara mucho tiempo sin llegarse á celebrar el matrimonio será necesario repetirlas: según el Ritual romano procede la renovación á los dos meses. La congregación del Concilio de Trento, apoyándose en el de Ravena, fijó dicho plazo en cuatro meses.

Como estas proclamas, cuya utilidad nadie desconoce, no son tan esenciales en el matrimonio que su omisión determine nulidad, y como en ocasiones es hasta conveniente suprimirlas, la Iglesia ha considerado que bien pueden ser objeto de dispensa. El Concilio en el capítulo y sesión antes citados dijo, que si en alguna ocasión hubiera sospechas fundadas de que se podrá impedir maliciosamente el matrimonio, si preceden tantas amonestaciones, se haga una sola, ó á lo menos se celebre el casamiento á presencia del párroco y de dos ó tres testigos, debiendo después y antes de consumar aquél, leerse las proclamas

en la iglesia, á no ser que el mismo Ordinario tenga por conveniente dispensarlas, lo cual deja á su prudencia y juicio.

Además de este caso, ya Benedicto XIV (1) señaló el de tratarse del matrimonio de dos personas que, viviendo en concubinato, pasen por marido y mujer en opinión pública, y muchos canonistas y en conformidad con ellos los Tribunales eclesiásticos, tienen también por causas de dispensa la gran diferencia de condición, edad ó fortuna de los contrayentes (2), un viaje preciso é impensado y otras análogas. También en los matrimonios *in extremis* de los amancebados pueden con precaución ser dispensadas para evitar el riesgo de que se quede sin legitimar la prole.

VI

Impedimentos para el matrimonio canónico.

De ellos, ó sea de las prohibiciones que, ya impiden, ya limitan la facultad de contraer matrimonio, creando para él incapacidades absolutas ó determinadas, también es necesario tratar en este sitio, porque algunos de ellos pueden producir la nulidad del vínculo.

Los impedimentos dimanan, ó de la naturaleza, ó del derecho divino positivo, ó de las disposiciones de la Iglesia; y que ésta tiene el derecho de establecerlos es inconcuso, según dejamos expresado anteriormente en el comentario del art. 45.

Entrando en su estudio, desde luego procedente es hablar primero de los *dirimentes*, es decir, de los que invalidan el acto y le hacen nulo, y después de los *impedientes*, esto es, de los que son simplemente un obstáculo para la celebración del matrimonio que, á pesar de ellos, queda indisoluble y válido.

Dirimentes son: el error, la fuerza, el miedo (que ya quedan tratados al hablar del consentimiento, por ser aquél el lugar más

---

(1) § 6.º Const. *Satis vobis* de 17 de Noviembre de 1741.
(2) Drouven, *De re sacramentaria*, lib 9, q. 5, cap. 2.

apropiado para su examen), el rapto la demencia, la edad, la impotencia, la consanguinidad, la afinidad, la cognación legal ó la espiritual, la pública honestidad, el ligamen, el orden sagrado, el voto, el adulterio, el crimen de homicidio, la disparidad de culto y la clandestinidad.

El rapto ó robo violento de una persona á sitio en que quede bajo el poder del raptor con objeto de contraer matrimonio, *vel libidinis causa*, es impedimento, porque vicia el consentimiento. Por esto, si sacada la persona raptada de la potestad del raptor y colocada en lugar seguro, consiente en el matrimonio, deja de existir el impedimento dirimente; pero el culpable queda excomulgado y perpetuamente infame y obligado además á dotar decentemente á la mujer robada, cásese ó no con ella (1).

Debe tenerse muy presente en este punto que hay también rapto aun cuando la fuerza no intervenga, puesto que la seducción se equipara á ella respecto á los padres ó guardadores de la persona robada (2), y que el rapto puede ser también de hombre por mujer, aunque esto acontece raras veces.

La demencia constituye impedimento por un motivo análogo: el que está privado del uso de la razón no puede consentir. Unicamente discuten los canonistas si al loco que goza de intervalos de lucidez le es dable contraer matrimonio por poder prestar su consentimiento durante alguno de ellos, y es opinión admitida la de que sí, pero previa consulta al Ordinario.

La razón del impedimento producido por la edad es la de que, siendo uno de los fines esenciales del matrimonio la procreación, mientras no pueda resultar de la unión, ésta no debe autorizarse. La Iglesia, copiando sus prescripciones del derecho romano,

---

(1) Con. Trident., Sess. 24 *de Reform. matrim.*, cap. 6.°
Si un hombre hallare á una doncella virgen que no está desposada, y forzándola la desflora, y se pone la cosa en juicio, dará el agresor al padre de la doncella cincuenta siclos de plata, y la tomará por mujer, porque la desfloró; y no podrá repudiarla en todos los días de su vida. (*Deuteron*, XXII, vs. 28 y 29.)

(2) El Código penal también considera *rapto* el de una doncella menor de veintitrés años y mayor de doce, ejecutado con su anuencia. (Art. 461.)

señaló la edad de doce años y la de catorce respectivamente para la mujer y para el hombre como precisa, cuando menos, para la celebración del matrimonio, declarando que es nulo el contraído antes de ese tiempo, *nisi malitia suppleat aetatem*, en cuyo caso es necesario que dé el Obispo la correspondiente autorización después de asegurarse por el expediente que se forme de la veracidad del hecho. Sin embargo, las Decretales (cap. 2.º *de despons. impub.*) disponen que el matrimonio de impúberes puede tolerarse si interviene *urgentíssima necessitas, ut potet pro bono pacis.*

La impotencia, ó incapacidad para poder consumar el matrimonio, tiene como impedimento fundamento análogo al de la falta de edad. Sólo es de advertir que para que la impotencia dirima el matrimonio ha de ser anterior á su celebración y perpetua, y que no debe confundirse con ella la esterilidad, sea cualquiera la causa que la produzca pues ésta no será jamás motivo de impedimento.

No permite la índole de esta obra estudiar aquí la multitud de cuestiones que se han suscitado acerca de este asunto, de interés tan capital en muchas ocasiones, y por ello, considerando bastante dejar expresado el caso en que de la impotencia se origina la nulidad del vínculo, pasaremos ya á tratar de los impedimentos que con más frecuencia se presentan, los dimanados del parentesco, y que son, según se verá después, los que dan margen á casi la totalidad de las dispensas.

Sabido es que el parentesco puede ser por consanguinidad, por afinidad y por cognación legal ó espiritual.

Respecto al primero, que es el existente entre individuos que descienden de un tronco común, creado por unión lícita ó ilícita, hay que distinguir principalmente las líneas y los grados; siendo de recordar que línea es la serie de personas que provienen de una estirpe misma, y que puede ser recta ó transversal, y que grado es la distancia que separa á dichas personas del tronco entre sí.

El derecho canónico no se atiene á la misma regla que el civil para la computación de grados, y, por consiguiente, hay ne-

cesidad de fijarse bien en esta diferencia. En línea recta, la computación de grados es igual para el derecho civil y para el canónico, si bien el uno procede contando las generaciones y el otro todas las personas menos una. En transversal ó colateral, el primero cuenta los dos lados, resultando que los primos carnales, por ejemplo, distan cuatro grados, y el tío tres; y el segundo sólo cuenta uno de los lados, si la línea es igual, y si no lo es, el más extenso; distando, por tanto, en los ejemplos antes consignados, tanto los primos hermanos entre sí como el tío carnal y su sobrino, nada más que dos grados.

Permítasenos insistir en la conveniencia de tener esto muy presente, porque hay individuos, como con los primos segundos acontece, que pueden libremente contraer matrimonio civil, por no alcanzarle el impedimento, y que no pueden celebrarle canónico sin obtener dispensa, siendo así que para el uno y para el otro extiende respectivamente el Código (1), y la Iglesia la prohibición al grado cuarto.

A este le limitó el Concilio de Letrán, bajo Inocencio III; debiéndose consignar, como datos históricos curiosos que señalan el desenvolvimiento de la disciplina eclesiástica en la materia, que mientras antes de Teodorico el Grande no se hallaba prohibido á los cristianos el matrimonio entre los primos carnales (2), en tiempo de Gregorio II (siglo VIII) un Concilio romano restableció la ley del Levítico que prohibía celebrar matrimonio entre parientes (3), y que en la necesidad de interpretar dicha ley, que se hallaba concebida en términos muy vagos, se fijó en el grado séptimo el parentesco, bien fuera fundándose en que el jurisconsulto Julio Paulo había dicho que más allá del referido grado ni pueden encontrarse los nombres ni propagarse la vida, bien fuere que así lo aconsejara el estar la Europa tan fraccionada en multitud de reinos y de pequeños señoríos, que tenían

(1) Art 84 del Código civil.

(2) *San Agustín*, lib. 15, *De civit. Dei*, cap. 16.

(3) *Levit*, cap. 17, v. 6.ª: «Nullus homo ad proximam sanguinis sui accedat, et revelet turpitudinem ejus.»

dividida á la humanidad contra el espíritu de fraternidad del cristianismo.

Habiendo desaparecido estas circunstancias, digna es de elogio la reforma introducida por Inocencio III, aunque á algunos parezca ridícula la razón que en su apoyo adujo, diciendo que se fundaba en *ser cuatro los humores del cuerpo humano, los cuales constan de cuatro elementos*, en lo que no hizo más que ajustarse á las creencias generales de su época.

El Concilio de Trento, refiriéndose á éste y á los demás impedimentos derivados del parentesco, dijo (1) que si alguno se atreviera á contraer á sabiendas matrimonio dentro de los grados prohibidos, sea separado de él, sin esperanza de conseguir dispensa, y que el que le hubiera realizado por ignorancia, sin haber hecho caso de llenar las solemnidades requeridas, quede sujeto á las mismas penas; pero que, si observadas todas las dichas solemnidades, se descubre después algún impedimento, que probablemente ignoró el contrayente, se podrá dispensar con mayor facilidad y de gracia.

Los autores se detienen á determinar las razones de higiene y de filosofía que fundamentan este impedimento, extendiéndose en consideraciones sobre si los vicios diatésicos de la familia, sumándose por las uniones de individuos pertenecientes á una misma, pueden ó no originar una generación enfermiza y desgraciada; pero por motivos fáciles de comprender, dada la naturaleza de nuestro trabajo, nos abstenemos de examinar sus argumentos y sus opiniones.

Si en la línea transversal se halla prohibido el matrimonio entre consanguíneos hasta el grado mencionado, en la recta lo está hasta lo infinito.

El parentesco por afinidad, esto es, el existente, habiendo matrimonio consumado, entre un cónyuge y los parientes del otro, es también impedimento, basado en el principio de que el marido y la mujer *serán dos en una carne*, y para computarlo se

---

(1) Sess. 24, cap. 5.º, *de Reform. matrim.*

distinguen, como en la consanguinidad, líneas colateral y recta. En cuanto á los grados, llamados *quasi grados* en la afinidad, la computación es la misma, pues en el en que un miembro de la familia es consanguíneo de uno de los consortes, es afín del otro.

En la línea recta la prohibición es infinita entre afines. En la transversal se extiende hoy hasta el cuarto grado inclusive, si el parentesco proviene de cópula lícita, y hasta el segundo si de ilícita (1); pero antes del Concilio Lateranense mencionado, alcanzó también, como el de consanguinidad, al séptimo, y se convinieron tres especies de afinidad distintas: la de la mujer con los cognados de su primer marido, la del segundo marido con los cognados del primero, y la de la segunda mujer del que estuvo casado con una viuda con los cognados del primer marido de ésta.

La cognación legal ó parentesco proveniente de la adopción, constituye asimismo impedimento, porque los cánones (2) aceptaron en esta parte la legislación romana.

Aunque no hablan expresamente más que del impedimento entre el adoptante y la adoptada, y del de ésta con los hijos de aquél, se considera también que existe tanto en la continuación de la línea recta como en la colateral. Sin embargo, en esta última desaparece el impedimento una vez disuelta la adopción.

La cognación espiritual, que es la contraída por el bautismo ó por la confirmación, la introdujo Justiniano y la admitió, ampliándola, la Iglesia (3), y es también impedimento. Sin entrar á estudiar su fundamento, ni á recordar la extraordinaria extensión que se le dió durante algunos tiempos, nos limitaremos á consignar, por ser lo que verdaderamente interesa á los fines prácticos de esta obra, que en la actualidad, en virtud de las disposiciones del Concilio Tridentino (4), sólo constituye impe-

(1) Concilio de Trento, sess. 24, *de Reform. matrim.*, cap. 4.º
(2) Can. 6.º, cap. 30, q. 5.º, cap. un. ext. de *cognat legali.*
(3) Can. 1.º, causa 30, quœst. 3.º del Pontífice Nicolás I.
(4) Sess. 24, *de Reform matrim.*, cap. 2.º

dimento: entre el bautizado y los padrinos, entre los padrinos y los padres del bautizado, entre el bautizante y el bautizado y entre los padres de éste y el bautizante. Además estableció el Concilio que sólo una persona, hombre ó mujer, ó á lo sumo una mujer y un hombre, fueran en adelante padrinos en el bautismo, y que cualquier otro individuo que, sin tener aquella cualidad, toque al bautizado no contraiga el parentesco, y declaró que el que es padrino en virtud de poder no le adquiere tampoco, pero sí su poderdante.

En el caso del bautismo de un expósito, verificado bajo condición, opinan algunos, con Berardi, que el padrino contrae parentesco espiritual si la duda es sobre si ha habido ó no bautismo; pero no si, sabiendo que lo ha habido, se desconoce si se faltó en la administración de la *materia* y *forma*.

En cuanto á la confirmación, dispuso el mismo Santo Concilio que el parentesco no se considerase extensivo á más que al que confirma, al confirmado, al padre y madre de éste y al padrino, y que quedasen enteramente abolidos todos los impedimentos de este parentesco espiritual con respecto á otras personas.

La pública honestidad, conocida también por *cuasi afinidad*, ó sea el parentesco que nace de los esponsales ó del matrimonio rato, crea incapacidad para contraer matrimonio únicamente, tratándose de esponsales, si son válidos, según lo prevenido por el Concilio Tridentino en el capítulo tercero de la sesión repetidamente mencionada, y tan sólo en primer grado. Ya el de Letrán le había reducido al cuarto, desde el séptimo á que antes se extendía.

Del matrimonio contraído por palabras de presente y no consumado, dijo la Congregación del Concilio de Trento, respondiendo á una consulta, que no produce afinidad, pero sí impedimento de pública honestidad, creando un vínculo mucho mayor que el originado de los esponsales de futuro.

Resulta, pues, de lo dicho que, disueltos los esponsales válidos ó el matrimonio rato, tiene cada contrayente impedimento

para casarse con los consanguíneos del otro, hasta el primer grado en el caso de esponsales, y hasta el cuarto en el de matrimonio no consumado.

Una duda, que ya queda indicada anteriormente al hablar de las diligencias que constituyen el expediente preciso al matrimonio, se ofrece naturalmente acerca de este punto, y la verdad es que, á pesar de la importancia que su resolución encierra, aún no ha sido con extensión tratada ni nada se ha decidido de una manera precisa sobre ella.

Para los efectos del impedimento de que se trata, ¿pueden equipararse á los esponsales de futuro los llamados *dichos?* En éstos expresan los contrayentes solemnemente su voluntad libre de unirse el uno al otro, y declaran también solemnemente la palabra de casamiento que se tienen dada, y esta manifestación la hacen ante un Notario apostólico, investido de fe pública para cuanto con el matrimonio canónico se relaciona, hasta el punto de que su testimonio vale tanto como el de un Notario civil para acreditar la petición del consejo ó la licencia. Pues ahora bien; si se crea el impedimento de pública honestidad entre los que se dan promesa de matrimonio ante un Notario civil, ¿no habrá, cuando menos, la misma razón para estimar que debe producirse también entre los que la manifiestan ante un Notario eclesiástico? Cierto es que por nadie se ha llamado á los *dichos* esponsales; pero siendo tan semejantes á ellos en esencia, la cuestión relativa á sus efectos es, como se ve, sumamente discutible y hace precisa una aclaración terminante que la resuelva.

El impedimento llamado ligamen se basa en la existencia de un vínculo anterior, que puede ser el matrimonio, el orden sagrado ó el voto solemne de castidad.

En cuanto al que consiste en el matrimonio, hallándose prohibida la poligamia por derecho divino (1), se comprende bien, y únicamente se hace preciso decir que la ausencia de uno de los

(1) *Génes.*, cap. 2.º, v. 24. También lo está por el Eclesiástico. *Conc. Trid.*, sesión 24, can 2.º, *de Sacram. matrim.*

cónyuges no es causa bastante para declarar disuelto el vínculo, mientras que de la muerte de aquél no haya pruebas absolutas, y que si creyéndolas suficientes, una mujer contrae nuevo matrimonio viviendo su primer marido, tendrá que unirse á él si se presenta, si bien los hijos habidos del segundo serán legítimos si duró la buena fe hasta su nacimiento.

Respecto al orden sagrado, se halla establecido que constituye por sí solo impedimento dirimente, aun prescindiendo del voto que le acompaña. Sería, por tanto, nulo el matrimonio contraído por un clérigo ordenado de mayores (1).

El voto de castidad que, como es sabido, puede ser simple ó solemne, es impedimento dirimente cuando es de la segunda especie; es decir, cuando se haga por profesión religiosa.

Por razón del vínculo anterior se colocan también en la misma clase de impedimentos los crímenes de adulterio y de homicidio.

Sobre este punto nos limitaremos á consignar, por ser lo único que á nuestro fin interesa, que el derecho vigente después de las Decretales reduce el impedimento de adulterio al caso de que antes ó después de él haya habido promesa recíproca entre los culpables de casarse en llegando á estado de libertad, y al de que el uno ó los dos adúlteros hayan atentado contra la vida del cónyuge inocente, annque no se haya seguido la muerte de éste; siendo preciso que la promesa haya sido aceptada por palabras ó por algún hecho exterior. Si el matrimonio objeto de la ofensa no ha llegado á consumarse, tendrá también lugar el impedimento (2).

Para que le produzca el crimen de homicidio, es indispensable que se haya verificado la muerte del cónyuge realmente; que en la conspiración hayan tomado parte los dos adúlteros (3), y

---

(1) *Génes.*, c. 2.°, v. 24. También lo está por el eclesiástico. *Conc. Trid.*, sesión 24, can. 9.°

(2) Caps. 3.° y siguientes, *de eo qui duxit in matrimon.*, etc.

(3) Cap 6.° de íd., y cap. 1.° *de convers. infidel.*

que se haya realizado el delito con intención, al menos de uno de los cómplices, de contraer el matrimonio.

La disparidad de culto, ó diferencia de religión, origina desde el siglo XII por costumbre general, con fuerza de ley desde entonces y no por disposición alguna canónica, un impedimento dirimente para contraer matrimonio entre cristianos é infieles, ó entre los que están bautizados y los que no lo están (1).

La clandestinidad, según resulta del Decreto *Ne Temere* de Pío X, inhabilita para contraer matrimonio, no siendo ante el Párroco que esté en posesión del cargo, se halle inmune de censura pública y nominal, autorice el matrimonio dentro de los límites territoriales de su parroquia, asista rogado y no forzado, y requiera y tome el consentimiento de los contrayentes.

Terminado el examen de los impedimentos dirimentes, preciso es mencionar siquiera los impedientes, de los que nos creemos dispensados de hacer un verdadero estudio, porque no produciendo en ningún caso la nulidad del matrimonio, sus efectos en nada se relacionan con las prescripciones del Código.

Por la disciplina actual se hallan reducidos á los siguientes:

Primero. *Ecclesiae vetitum*, ó prohibición de la Iglesia, que puede ser general, cuando comprende todos los casos, como el casamiento entre católicos y herejes, ó particular, como cuando hay oposición de parte ó es necesario averiguar previamente si existe algún impedimento.

Segundo. *Tempus clausum*, limitado por el Concilio de Trento (2) á las épocas en que están cerradas las velaciones, única solemnidad que realmente se prohibe.

Tercero. *Sponsalia*. Los esponsales, además de producir la *pública honestidad*, incapacitan al que los tiene contraídos para celebrar otros y para unirse en matrimonio con persona extraña (3).

---

(1) Entre católicos y herejes sólo es impediente, como se verá después.
(2) Sess. 24, *de Reform. matrim.*, cap. 10.
(3) Cap. 10 y 17, *de Sponsal.*

Cuarto. *El voto simple*, ó sea el hecho fuera de profesión religiosa ó de recepción de orden sagrado (1).

Quinto. *La ignorancia de los rudimentos de la religión cristiana* (2).

Por último, se pueden colocar también entre esta clase de impedimentos las prohibiciones establecidas por la ley civil y aceptadas por la Iglesia, tales como las relativas á los tutores, á las viudas, etc.

VII

Dispensas.

También acerca de este asunto reduciremos de propósito nuestro trabajo á lo meramente práctico.

Los impedimentos procedentes del derecho divino natural ó positivo, como la impotencia, la existencia de un matrimonio anterior y el parentesco en línea recta, no pueden dispensarse, así como tampoco los que son contrarios á la naturaleza de la unión, esto es, la falta de consentimiento, la fuerza, el miedo ó el error. En la línea transversal consanguínea tampoco se dispensa jamás el parentesco en primer grado, sea ó no de derecho natural, que esto es objeto de gran controversia entre los autores; pero sí en la de afinidad.

Los demás impedimentos, hasta el voto solemne y el orden sagrado, son todos dispensables, con tal que no se opongan dicen los canonistas, á las buenas costumbres, como el rapto, el adulterio ó el homicidio con intención del matrimonio.

El Pontífice, según la disciplina moderna, es sólo quien puede dispensar los dirimentes y los impedientes de esponsales, voto simple y herejía. Los Obispos únicamente están autorizados para hacerlo de los demás de la segunda especie.

No obstante, opinan muchos canonistas, aunque como dice el

---

(1) Cap. 3.º y siguientes. *Qui clerici vel vovientes.*
(2) Constit. *Etsi minime 42*, Benedicto XIV.

Sr. Golmayo sea en la práctica muy peligrosa esta doctrina, que los Obispos podrán otorgar también dispensa de los dirimentes cuando ya inmediata la celebración del matrimonio se descubra algún impedimento oculto ó cuando después de contraído se conozca y la separación de los cónyuges no pueda verificarse sin escándalo, siendo además preciso que el casamiento se haya celebrado solemnemente, que haya habido buena fe siquiera por parte de uno de los contrayentes, que el impedimento sea oculto y que por cualquier motivo no pueda recurrirse á Roma fácilmente.

Pero, en todo caso, para que la dispensa se conceda es condición que medie justa causa; otorgándose por Penitenciaría para el fuero interno y de impedimento oculto, y por Dataría para el fuero externo y de impedimento público.

Respecto á las diligencias precisas para obtenerlas, por la razón tantas veces repetida, nos creemos autorizados á decir tan sólo que á los particulares no está permitido pedir á Roma directamente la dispensa sino por conducto del Obispo, á quien hay que hacer la solicitud correspondiente, manifestando el impedimento de que se trata sin desfigurar en nada y alegando la causa en que se funda la petición de la dispensa, y expresando si ésta se solicitare después de celebrado el matrimonio, si el impedimento era conocido ó ignorado, si aquél se contrajo con el fin de hacer más fácil la dispensa, si se procedió de buena fe, etc.

El Concilio de Trento (1) dispuso terminantemente que no se concedan las dispensas, ó al menos raras veces y con causa siempre; pero la extremada amplitud de los impedimentos, en especial los relativos al parentesco, ha hecho que no sólo se otorguen con muchísima frecuencia, sino que se den *ex certis rationalibus causis*, ó sean las llamadas *sin causa* según el estilo de la Curia romana.

Los tratadistas consignan como principales causas para la

---

(1) Sess. 24, *de Reform. matrim*, cap. 5.°

concesión de las dispensas: la estrechez de lugar ó cortedad de vecindario; la carencia ó escasez de dote; la evitación de un pleito; la paz de la familia; el haber llegado la mujer á la edad de veinticuatro años sin haber sido pedida por nadie en matrimonio; el mediar ó haber mediado relaciones ilícitas entre los que la alegan; el haber vivido éstos en tácita intimidad, aun sin pecado, que sea á la mujer imposible ó muy difícil encontrar otro marido; la tranquilidad pública, y el interés que la Iglesia y el Estado tienen en conservar familias muy ilustres.

VIII

Solemnidades en la celebración del matrimonio canónico.

Estas se hallan constituídas, según el Concilio de Trento, por la presencia del párroco y de dos testigos, siendo nulos é írritos los matrimonios que no se celebren en esta forma (1).

Mas como el Concilio sólo exigía la *presencia consciente del propio Párroco*, no la *voluntaria*, se celebraban con frecuencia matrimonios *por sorpresa*, enteramente válidos según la Congregación, que entendió que no pertenece á la esencia del matrimonio que el Párroco diga palabra alguna, siendo suficiente que las palabras que expresan el consentimiento sean pronunciadas por los contrayentes solos con tal de que aquél esté presente y comprenda lo que se hace, aunque disienta y lo contradiga. Como además había dudas acerca de lo que se entendía por *propio Párroco*, el Decreto *Ne témere* (2), dado, *consulto Pontífice*, por la S. Congregación del Concilio, ha venido á llenar los vacíos del Tridentino, prohibiendo los matrimonios por sorpresa y fijando la territorialidad para saber cuál es el Párroco propio, con lo cual, como dice el Sr. Manjón, se ha ganado en sencillez, clari-

---

(1) *Conc. Trid.*, sess. 24, *de Reform. matrim*, cap. 1.º

(2) Ha comenzado á regir en 19 de Abril (Pascua de Resurrección) de 1908.

dad, certeza y universalidad, pues dicho decreto se ha publicado y está vigente en todo el orbe (1).

De las reglas dictadas por el Decreto *Ne témere*, unas afectan á la validez y otras á la licitud del matrimonio.

Para que el matrimonio sea *válido*, es preciso que se celebre ante el Párroco, ó el Ordinario del lugar, ó un sacerdote delegado por uno ú otro, con las condiciones siguientes:

1.ª *Posesión real* ó corporal de la parroquia ó cargo, sin que baste como antes la institución autorizable.

2.ª *Inmunidad de censura*, nominal y pública.

3.ª *Territorialidad*, ó sea que el matrimonio se celebre dentro del territorio de la parroquia, si le autoriza el Párroco, y dentro de la diócesis, si le autoriza el Ordinario, sin que obste que los contrayentes sean de diócesis ó parroquia distinta.

4.ª *Invitación y ruego* hechos al Párroco ú Ordinario para que asistan al matrimonio, de tal modo que no sean éstos obligados por fuerza ni miedo grave, y requieran y reciban el consentimiento de los contrayentes.

Para la *licitud* del matrimonio se requieren, además, las siguientes condiciones:

1.ª Que conste al Párroco el libre estado de los contrayentes, según las formalidades de derecho.

2.ª Que además conste el domicilio, ó al menos la residencia por un mes de uno de los contrayentes en el lugar del matrimonio, ó que haya licencia del Párroco ú Ordinario propios de alguno de los contrayentes.

3.ª Que se celebre el matrimonio ante el Párroco de la esposa, de no haber justa causa que excuse, aunque sea, v. gr., la conveniencia de la familia (2).

Con relación á los testigos, que cuando menos han de ser dos, con arreglo á las disposiciones del Concilio, no hay que decir más sino que no necesitan tener cualidades especiales,

---

(1) Manjón, *Derecho Eclesiástico*, 4.ª edición, Granada, 1913; tomo 2.º, página 263.

(2) Manjón, obra cit., pág. 265.

bastando que puedan dar razón de lo que digan y hagan los contrayentes, sin que nada se oponga, por tanto, á que las mujeres, los parientes, los infieles, etc., sean testigos del casamiento.

Con esto creemos que podemos dar por terminada la exposición de la legislación eclesiástica concerniente al matrimonio; exposición que para servir de complemento al artículo estudiado, sin salirse de sus límites, debe reducirse únicamente á lo que atañe á los requisitos, la forma y las solemnidades que le preceden y que le acompañan.

Por esto no decimos nada de los efectos del matrimonio exclusivamente canónico respecto de las personas de los hijos, ni tratamos bajo este aspecto del divorcio y de las segundas nupcias, sobre cuyas materias queda examinado en su lugar lo que puede interesar á la aplicación de las prescripciones de este Código.

ARTÍCULO 76

El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes.

ARTÍCULO 77

Al acto de la celebración del matrimonio canónico asistirá el Juez municipal ú otro funcionario del Estado, con el solo fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro civil. Con este objeto los contrayentes están obligados á poner por escrito en conocimiento del Juzgado municipal respectivo, con veinticuatro horas de anticipación por lo menos, el día, hora y sitio en que deberá celebrarse el matrimonio, incurriendo, si no lo hicieren, en una multa de 5 á 80 pesetas. El Juez municipal dará recibo del aviso de los contrayentes. Si se negare á darlo, incurrirá en una multa que no bajará de 20 pesetas ni excederá de 100.

No se procederá á la celebración del matrimonio canónico sin la presentación de dicho recibo al cura párroco.

Si el matrimonio se celebrare sin la concurrencia del Juez municipal ó su delegado, á pesar de haberle avisado los contrayentes, se hará á costa de aquél la transcripción de la partida del matrimonio canónico en el Registro civil, pagando además una multa que no bajará de 20 pesetas ni excederá de 100. En este caso el matrimonio producirá todos sus efectos civiles desde el instante de su celebración.

Si la culpa fuere de los contrayentes, por no haber dado aviso al Juez municipal, podrán aquéllos subsanar la falta solicitando la inscripción del matrimonio en el Registro civil. En este caso no producirá efectos civiles el matrimonio sino desde su inscripción.

La ley de 18 de Junio de 1870 negó efectos civiles al matrimonio canónico, puesto que sólo se los concedió al que se celebraba según sus disposiciones, con arreglo á las cuales, el expediente necesario se tramitaba ante funcionarios de carácter civil, quienes autorizaban los edictos y la prestación del consentimiento ó consejo, y procedían por fin á la celebración del matrimonio.

Quedan relatadas en la reseña histórica que precede á este título las consecuencias prácticas de un precepto tan absoluto y la alarma que suscitó y luchas que produjo entre la Iglesia y el Estado, dando lugar al decreto de 9 de Febrero de 1875, cuyo artículo 1.º dió efectos civiles al matrimonio canónico, como también se los concedía el 30 del proyecto de Código de 1882 y el 76 que comentamos, no pudiendo ser examinado éste con independencia del 77, que es su complemento.

La base 3.ª de las contenidas en la ley de 11 de Mayo de 1888, sobre las cuales había de fundarse la redacción del Código, expresó: que al acto de la celebración del matrimonio canónico y para su inmediata inscripción en el Registro civil asistiría el Juez municipal ú otro funcionario del Estado.

El art. 77 desarrolló dicha base, y como para su aplicación práctica eran indispensables reglas que la uniformasen, se dió la instrucción de 26 de Abril de 1889, que mereció una discusión detenida y luminosa en el Congreso (1), dictándose después diversas resoluciones por la Dirección general de los Registros.

No existen en nuestro Derecho otros precedentes del art. 77 que el Real decreto de 9 de Febrero de 1875, y en cuanto á la necesidad de inscribir en el Registro el matrimonio canónico, el art. 37 del proyecto del Código de 1882.

Para que las prescripciones del artículo objeto del comentario sean cumplidas, se imponen distintos deberes á los contrayentes y al Juez municipal; se permite á éste que delegue su intervención, se significan los efectos de no cumplir los interesados las obligaciones referidas y los de no asistencia al acto del funcionario civil que debe presenciarlo, estableciéndose sanciones penales, y se definen las consecuencias que para los cónyuges origina el que por su culpa deje de constar el matrimonio canónico celebrado en los libros del Registro civil.

Deberes de los contrayentes.—Con veinticuatro horas de antelación á aquella en que haya de celebrarse el matrimonio canónico, ellos mismos, ó una persona á quien lo encarguen, ha de entregar en el Juzgado municipal un escrito expresando los nombres, apellidos, edad, naturaleza, profesión y domicilio de los que han de casarse, la iglesia, capilla ó altar designados para que tenga lugar el acto y la hora en que éste ha de realizarse, debiendo suscribir dicho escrito ambos contrayentes, y por el que no pudiera hacerlo, un testigo vecino (2).

La primitiva edición del Código civil, en el último párrafo que comentamos, al indicar la posibilidad de que se subsanase la falta de aviso por parte de los contrayentes, decía, «*sin per-*

---

(1) Sesión de 3 de Mayo, en la que intervinieron el Ministro de Gracia y Justicia Sr. Canalejas y los Sres. Pedregal y Azcárate.

(2) Instrucción de 26 de Abril de 1889, art. 5.° y formulario A. (*Gaceta* del 26.)

juicio de la pena en que hubiesen incurrido». Era evidente que la omisión de los interesados determinaba la imposición de un castigo, y así lo entendió sin duda una resolución dictada por la Dirección de los Registros en virtud de consulta elevada por el Juzgado de primera instancia de Medinaceli (1). En ella se relevó de pena á los que celebrando su matrimonio en el día 1.º de Mayo en que empezó á regir el Código, hubieran debido dar el aviso veinticuatro horas antes, ó sea en tiempo en que no tenían obligación de hacerlo. No se les exigió, por lo tanto, responsabilidad alguna, pero se mandó que se hiciese constar en la transcripción de la partida sacramental del Registro la causa de la omisión del aviso previo.

La Comisión general de Codificación, cumpliendo el encargo que le fué hecho por la ley de 26 de Mayo de 1889, entre las enmiendas verificadas en el Código, realizó la que resulta de la nueva redacción dada al artículo que comentamos, cuyo primer párrafo señala la multa de 5 á 80 pesetas que se ha de imponer á los contrayentes que omitan dar el aviso al Juzgado municipal, y en dicho precepto se ha fundado ya la resolución á una consulta del Juzgado de Quintanar de la Orden (2).

No cumplen los contrayentes con entregar su escrito al secretario del Juzgado ni á ninguno de sus dependientes, sino que deben hacerlo á la persona que actúe como juez municipal, exhibiendo su cédula personal con objeto de que se anote su número, clase y fecha de expedición, tanto para la identificación necesaria, como en cumplimiento de la ley.

Llegado el momento de la inscripción, ambos contrayentes, conforme á lo preceptuado en el artículo objeto del comentario y el 329, deben manifestar al juez municipal ó á la persona que por delegación suya asistiese, todos los datos necesarios, exceptuando los relativos á las amonestaciones, los impedimentos y su dispensa.

---

(1) *Gaceta* de 14 de Mayo de 1889.

(2) Resolución de 12 de Agosto de 1889 de la Dirección general de los Registros. (*Gaceta* del 14.)

Deberes del juez municipal.—Ninguna disposición taxativa y terminante se refiere á la formación de un expediente en el Juzgado municipal respecto á la celebración del matrimonio canónico. Sin embargo, es tal la transcendencia de la intervención civil en el mismo y las consecuencias de que no tenga lugar, que para salvaguardia del funcionario y garantía de los contrayentes, sería conveniente una reglamentación interior á la cual no obstan los preceptos del Código, ni las previsiones de la instrucción de 26 de Abril de 1889. Pudiera ser cabeza del expediente la comparecencia de los interesados ó de una persona encargada por ellos en el Juzgado municipal, presentando el aviso y pidiendo su recibo, expresándose en la misma que se le expide por el juez, de lo cual dará fe el secretario. Cuantas incidencias pudieran surgir después, tendrían ya base de constancia, quedando de este modo en el archivo del Registro los antecedentes de cada inscripción cronológicamente ordenados dentro de los legajos, con arreglo á lo que preceptúan los arts. 28 y 29 del reglamento del Registro civil, cuya práctica se recuerda por la instrucción referida.

Esta idea se ha llevado á la práctica, pero como en todo se tiende al abuso y al lucro, ha sido necesario dictar la Real orden de 12 de Julio de 1904, en la que se recuerda el precepto del artículo 77 del Código, y se prohibe todo otro trámite ó expediente en los Juzgados municipales, cuando se trate de matrimonios canónicos.

Abarcando, por regla general, en las grandes poblaciones mayor extensión la demarcación de una parroquia que la de un distrito municipal, podía darse el caso de dudar los contrayentes cuál era el juez á quien debían acudir á dar el aviso previo á la celebración del matrimonio canónico. Y no era éste el único inconveniente, sino que pasados algunos años había de hacerse laboriosa la busca de una inscripción determinada, perdiendo largo tiempo los interesados en realizarla y proveerse de certificación de la misma.

La Dirección de los Registros, resolviendo una consulta ex-

puesta por el juzgado municipal de Buenavista de Madrid, que le fué elevada por el de primera instancia del Este, por resolución de 8 de Mayo de 1889 (*Gaceta* del 10), determinó lo siguiente:

«1.º Cuando la demarcación de la parroquia en que se celebre el matrimonio corresponda á diversos juzgados municipales de un mismo Ayuntamiento, se verificará la inscripción en la oficina del Registro civil, á cargo del juez municipal del domicilio ó residencia de cualquiera de los contrayentes, á elección de los mismos.

»2.º En el caso de que el matrimonio se celebre fuera del término municipal por delegación del párroco propio de los contrayentes, el funcionario que asista al matrimonio debe extender y remitir al juzgado municipal del domicilio ó residencia habitual del marido, y, en su defecto, al de la mujer, el acta correspondiente para su inscripción en el Registro civil.

»3.º En este mismo Registro deberá verificarse la transcripción de las partidas sacramentales, cuando se hubiere celebrado el matrimonio canónico sin asistencia del juez municipal, en la demarcación de distinto Registro del que corresponda al domicilio ó residencia habitual de los contrayentes, en los términos prevenidos en el párrafo anterior.»

Completó esta resolución el sentido del art. 1.º de la instrucción, que determinaba la competencia del juzgado para la inscripción del matrimonio, en razón á que estuviese enclavada en su demarcación la parroquia en que se hubiese celebrado.

El Código atribuye la competencia al juez municipal respectivo, sin designar cuál sea, y la instrucción señala como competente, en primer término, al del distrito del que tenga domicilio conocido el marido; disposición contraria á la práctica que venía siguiéndose y que puede ser de grave transcendencia, especialmente en cuanto afecta á la forma de justificar su estado las viudas y huérfanas solteras para el cobro de haberes. Estas, que antes de la Real orden de 21 de Abril de 1871 obtenían las certificaciones de estado de sus párrocos respectivos, vienen desde entonces acudiendo al juzgado municipal de su domicilio,

pues la Administración, teniendo en cuenta lo que generalmente acontece, supone que la mujer se casa en la parroquia de que es feligresa y transcribe su partida de matrimonio, ó lo celebra civilmente en el juzgado dentro de cuya demarcación jurisdiccional vive.

Desde el momento en que, por regla general, suceda lo contrario, quedarán obligadas las pensionistas á hacer mensualmente una información de viudez ó soltería, gastando en ella mayor cantidad de la constituída por cada paga; y como esto ha de ponerse de relieve en la práctica, es de esperar que evite tales consecuencias una disposición reglamentaria, mucho más cuando, con arreglo á los arts. 88 y 89 de este Código, el conflicto no es posible cuando se trata del matrimonio civil, puesto que la celebración de éste llega á conocimiento del juez municipal de cada uno de los contrayentes.

Inscripción del matrimonio. — Puede ésta tener lugar de dos maneras: extendiéndose desde luego el acta en el libro del Registro ó en una hoja suelta de papel blanco, transcribiéndose literalmente el contenido de ésta á dicho libro en la forma que determinan los arts. 13 y 14 de la Instrucción.

Una Real orden de 29 de Abril de 19 3, declara, confirmando la circular de 17 de Junio de 1889, que el acta de la celebración de los matrimonios debe extenderse tan pronto termina la ceremonia religiosa, y por tanto, antes de que comience la misa de velaciones que suele subseguir á aquéllas.

Permitía el art. 23 de la ley de 17 de Junio de 1870 que las inscripciones se formalizasen fuera de la oficina del Registro civil: pero determinaba que habían de efectuarse siempre dentro del respectivo distrito; y ya que dicha ley está vigente, con arreglo al art. 332 de este Código, cuando la parroquia en que se celebre el matrimonio canónico se halle fuera de la demarcación jurisdiccional del juzgado, se acudirá á la formación del acta en papel común (1).

(1) Aunque el respeto que se debe al lugar en que se celebra el culto divino excusaría la observación, es de advertir que la inscripción ó transcrip-

Previendo la instrucción de 9 de Febrero de 1875 que al tiempo de transcribir la partida sacramental del matrimonio al Registro resultasen del mismo circustancias ó declaraciones que contradijesen ó alterasen el contexto de aquélla, permitió al juez municipal que suspendiese la transcripción y devolviese dicha partida al párroco autorizante, y aun le autorizó para hacer una inscripción provisional. Hoy la inscripción del matrimonio ó la transcripción del acta son ineludibles, y el juez municipal no puede en caso alguno negarlas ó suspenderlas, pues se lo vedan de una manera terminante los arts. 3.º y 19 de la instrucción de 26 de Abril de 1889. Si se le ocurren dudas, puede consultar éstas, pero después de hacer constar en el libro correspondiente del Registro la celebración del matrimonio canónico.

En el caso de hacerse la inscripción directamente en el libro, se extenderá á continuación de la última que en aquél conste, interviniendo el Juez, dos testigos, y uno más por cada uno de los contrayentes que no pudiera firmar; y tanto cuando esto suceda, como cuando se levante acta, se hará constar el lugar, día, hora, mes y año en que se ha efectuado el matrimonio, el nombre, apellido y carácter eclesiástico del sacerdote que lo hubiese autorizado; los nombres y apellidos paterno y materno, estado, naturaleza, profesión ú oficio y domicilio de los contrayentes; los nombres y apellidos y naturaleza de los padres, y los de los testigos y su vecindad.

En caso de celebrarse el matrimonio por apoderado, han de hacerse constar las circunstancias personales de éste que conduzcan á su identificación, y expresarse la fecha del poder y notario ante quien se otorgó.

El concepto de hijo ilegítimo de uno de los contrayentes se hará constar en el acta, sin expresar la clase de ilegitimidad sino en los casos de ser natural ó expósito: si fuese viudo, se

---

ción ha de hacerse en la sacristía ú otra dependencia de la Iglesia, según se expresa en una resolución de la Dirección de los Registros de 17 de Junio de 1889, *Gaceta* del 22.

consignará el nombre y apellidos del cónyuge premuerto, fecha y lugar de su fallecimiento y Registro civil ó parroquial en que se hubiere inscrito; y en el caso de ser necesaria la licencia ó el consejo para alguno de los cónyuges, se manifestará la fecha en que se otorgó ó se solicitó, suscribiendo los que debiesen prestar una y otro el acta cuando coetáneamente á la celebración del matrimonio prestasen su conformidad con el mismo.

Como la legitimación por subsiguiente matrimonio se consigue con arreglo al art. 120 de este Código, en el acta del mismo se hará constar la fecha y lugar del nacimiento de los hijos naturales á quienes pueda alcanzar tal beneficio, conforme al artículo 131, que expresa la manera de efectuarse el reconocimiento. Según la instrucción, no basta que los contrayentes expresen su deseo de legitimar hijos naturales, sino que han de hacer la justificación exigida por la ley y reglamento del Registro. Dedúcese que si los documentos que se exhiben al formalizarse el acta no son bastantes, según el criterio del juez, omitirá éste expresar nada respecto á tal detalle, y se reservará el hacerlo, si procediere, al tiempo de hacer la transcripción al libro correspondiente, puesto que se lo permite el art. 13 de la instrucción.

Delegación por el Juez municipal.—Como puede darse el caso de que un solo juez reciba para una misma hora diversos avisos que soliciten su presencia en varias parroquias, y, aun no sucediendo esto, que las ocupaciones del Registro civil ó la celebración de juicios verbales anteriormente señalados les impidan abandonar el juzgado, el Código le permite delegar en otra persona su intervención en los matrimonios canónicos. Determina el artículo objeto del comentario, que ha de asistir, con el fin de verificar la inmediata inscripción en el Registro, el juez municipal ú otro funcionario del Estado, y la instrucción reglamentando la aplicación de esta facultad de delegación le permite hacerla en las personas que por razón de su cargo le sustituyan legalmente en caso de vacante, ausencia ó imposibilidad, en el fiscal y secretario del juzgado y sus suplentes, en un

notario del distrito ó en el alcalde de barrio en cuya circunscripción haya de celebrarse el matrimonio, ó en cualquier otra persona de su confianza.

El abuso en esta materia ha motivado la publicación de la Real orden circular de 1.º de Agosto de 1906, en la que, en cumplimiento de lo establecido en el art. 77 del Codigo, se preceptúa que sea el juez municipal el que concurra al acto de la celebración del matrimonio canónico, y que únicamente en los casos de imposibilidad absoluta, de que habrá de darse cuenta al superior jerárquico, podrá delegar aquél en el juez municipal suplente, fiscal municipal y suplente y secretario del juzgado y suplente, procurando constantemente que su asistencia á la ceremonia religiosa sea de un modo ostensible y como testigo de mayor excepción de la misma.

La delegación ha de comunicarse á la persona en la cual se haga, con la anticipación necesaria para que pueda cumplir las funciones que en virtud de aquélla se le atribuyen, siendo de advertir que nunca podrá hacer el delegado la inscripción directa del matrimonio en el libro correspondiente del Registro, pues no puede serle entregado. El delegado formalizará, pues, el acta en un papel blanco, la cual será remitida para su transcripción dentro de las veinticuatro horas siguientes á la celebración del matrimonio.

Efectos de la no existencia del juez ó su delegado.—No habiendo dado el aviso los contrayentes, éstos sufren, como queda dicho, una multa, que ha de imponerles el mismo juez municipal, con arreglo al artículo que comentamos y al 331. Si cumplido por los contrayentes el deber que la ley les asigna, se resiste el juez municipal á recibir el aviso, incurrirá en multa de 20 á 100 pesetas, la cual pagará también si después de avisado no asisten ni él ni un delegado suyo.

El matrimonio conónico celebrado sin dicha asistencia surte efectos desde el instante de su celebración cuando el juez recibió el aviso, y desde la inscripción en el Registro cuando los contrayentes omitieron el darlo. En el primer caso, la trans-

cripción se hace á costa del juez; y en el segundo, á instancia de los interesados, quienes por ello subsanan su falta.

La falta de inscripción de un matrimonio canónico en el Registro civil ó la de transcripción de la correspondiente partida, no compromete la esencia del matrimonio, ni como sacramento, ni como contrato, constituyendo sólo una falta que puede ser subsanada en cualquier tiempo, si bien, hasta que se realice, cuando ha sido motivada por culpa de los interesados, el matrimonio no puede producir efectos civiles. Así se sostiene en las Reales órdenes de 23 de Febrero y 4 de Marzo de 1903, y en la sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 16 de Noviembre de 1905.

Dedúcese de esta doctrina, y aun del art. 77 del Código interpretado de un modo favorable à la unión, que la inscripción en el Registro civil de un matrimonio canónico, constituye una especie de condición suspensiva en cuanto á los efectos civiles de ese matrimonio, y, por tanto, que al verificarse la inscripción, ó subsanarse la falta, y cumplirse por ello la condición, la unión queda convalidada, los hijos nacidos en el tiempo intermedio quedan legitimados y los contratos celebrados con relación á los bienes adquieren validez.

El no hallarse inscrito el matrimonio canónico en el Registro civil, ni le imprime el carácter de los llamados secretos de conciencia, ni puede perjudicar otros derechos que los de los mismos que infringieron la ley, por lo cual un cónyuge no puede alegar esa falta suya para obtener á su favor una declaración de pobreza para litigar. (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Febrero de 1892.)

Extendida la inscripción de un matrimonio canónico, no puede negarse su transcripción, fundándose en que uno de los contrayentes estaba incapacitado al celebrarlo, si bien hasta que los Tribunales decidan sobre la validez ó nulidad del casamiento, deben quedar en suspenso los efectos de esa transcripción. (Real orden de 29 de Enero de 1895.)

El sacerdote que se opone á la intervención del juez munici-

pal y á la inscripción del matrimonio en el Registro civil, incurre en responsabilidad penal, siéndole aplicable al art. 382 del Código penal. (Sentencia de 13 de Junio de 1890.)

Ante el Juez municipal que asiste á la celebración del matrimonio canónico, no es necesario acreditar que ha mediado el consentimiento ó consejo para contraerlo. (Resolución de la Dirección de los Registros de 13 de Diciembre de 1901.)

La orden de la Dirección de los Registros de 28 de Abril de 1909 hace, por último, las siguientes declaraciones, respecto á los matrimonios celebrados en domicilio distinto del de los contrayentes:

1.ª Al acto de la celebración del matrimonio canónico asistirá siempre el juez municipal del territorio en que esté enclavada la parroquia ó iglesia en que aquél se celebre.

2.ª Los contrayentes darán siempre el aviso previo á que se refiere el art. 77 del Código civil al juez municipal de su domicilio, y si éste fuere distinto, al de cualquiera de ellos, el cual, bien por conducto de los interesados ó por el más rápido y adecuado de que disponga, lo transmitirá al juez municipal del territorio en que haya de verificarse el matrimonio, á fin de que asista á él por sí ó por medio de delegado, levante el acta correspondiente y se la remita en la forma que determina la orden circular de 28 de Febrero de 1903.

3.ª La inscripción del referido matrimonio canónico se verificará siempre en el Registro civil del domicilio de los contrayentes, y si fuese distinto, en el del Juzgado municipal donde se hubiese dado el aviso á que se refiere el párrafo anterior.

ARTÍCULO 78

Los que contrajeren matrimonio canónico *in articulo mortis*, podrán dar aviso al encargado del Registro civil en cualquier instante anterior á la celebración, y acreditar de cualquier manera que cumplieron este deber.

Las penas impuestas á los contrayentes que omitieren aquel requisito no serán aplicables al caso del matrimonio *in articulo mortis*, cuando conste que fué imposible dar oportunamente el aviso. En todo caso, para que el matrimonio produzca efectos civiles desde la fecha de su celebración, la partida sacramental deberá ser inscrita en el Registro dentro de los diez días siguientes.

ARTICULO 79

El matrimonio secreto de conciencia, celebrado ante la Iglesia, no está sujeto á ninguna formalidad en el orden civil, ni producirá efectos civiles sino desde que se publique mediante su inscripción en el Registro.

Este matrimonio producirá, sin embargo, efectos civiles desde su celebración, si ambos contrayentes, de común acuerdo, solicitaren del Obispo que lo haya autorizado un traslado de la partida consignada en el registro secreto del Obispado, y la remitieren directamente y con la conveniente reserva á la Dirección general del Registro civil, solicitando su inscripción. Al efecto la Dirección general llevará un registro especial y secreto con las precauciones necesarias para que no se conozca el contenido de estas inscripciones hasta que los interesados soliciten darles publicidad trasladándolas al Registro municipal de su domicilio.

El decreto de 9 de Febrero de 1875 y la instrucción relativa al mismo, imponían en todo caso á los que contraían matrimonio canónico *in articulo mortis* el deber de transcribirlo al Registro civil, no existiendo en nuestro Derecho otro precedente de lo que dispone el art. 78. Contiene éste una excepción del precepto que con carácter general expresa el artículo anterior, puesto que lo apremiante de las circunstancias, el peligro de no poder legitimarse los frutos de una unión ilícita ó de quedar deshonrada una familia, excusan todo motivo de dilación y demora, constituyendo una situación anormal que el legislador

debe tener en cuenta para atenuar el rigor de aquellas disposiciones que pueden observarse cuando no existen motivos tan grandes de apremio.

Así, pues, la obligación que impone á los que van á contraer matrimonio canónico el art. 77 de avisar al Juzgado municipal, surte efectos y salva de responsabilidad á los contrayentes, aun cuando no medie entre el aviso y la celebración el plazo de veinticuatro horas, cuando se trata de un enlace que ha de bendecir la Iglesia hallándose uno ó ambos cónyuges *in extremis*. Basta en este caso, para justificar que se dió el aviso, cualquier medio que de ello pueda convencer al Juez municipal, y éste no puede imponer la multa que determina el art. 77 á los interesados cuando hagan éstos constar que les fué imposible cumplir el precepto legal.

Salvado ya el conflicto en que se hallaba la familia, nace para ésta, si el matrimonio ha de tener efectos civiles desde que fué contraído, la obligación de solicitar que se transcriba al Registro civil. La petición ha de formularse dentro de los diez días siguientes á aquel en que la celebración tuvo lugar, y pueden formularla, según el art. 17 de la instrucción, cualquiera de los cónyuges, sus padres, y los que tengan algún interés en la transcripción; debiendo cuidar el Juez que la haga, de que se exprese la fecha en que el matrimonio fué contraído, para que de su comparación con aquella en que se transcribe se deduzca en qué tiempo se originaron los efectos civiles. Claro es, que resultando de la obligación de dar el aviso la posibilidad de que presencie el acto el Juez municipal ó su delegado, cuando así suceda se realiza sin petición de parte la inscripción ó transcripción, conforme queda indicado en el comentario al art. 77.

La Real orden de 10 de Agosto de 1888, á los efectos de los derechos del Montepío militar, equipara el matrimonio *in articulo mortis* con el matrimonio solemne, siempre que se cumplan determinados requisitos.

El matrimonio de conciencia, mientras no pierde el riguroso carácter de secreto, bajo la salvaguardia de las minuciosas pre-

cauciones adoptadas por la Iglesia, claro es que no puede producir efectos civiles; sin embargo, los contrayentes pueden retrotraerlos á la fecha de la celebración, usando del beneficio que les concede el art. 79, que es tan claro y terminante que excusa explicación de ninguna clase.

Declara la sentencia de 22 de Julio de 1901, que no produciendo efectos civiles, con arreglo al art. 79, el matrimonio secreto de conciencia, no necesita la mujer licencia del que con ella se unió para comparecer en juicio. Tampoco debe exigírsele para contratar.

A su vez la de 16 de Noviembre de 1905, dictada por la Sala segunda, declara que el matrimonio secreto canónico, no inscrito en el Registro civil, impide la celebración de otro matrimonio canónico posterior, porque la omisión de ese requisito no compromete la esencia del matrimonio, ni como sacramento, ni como contrato, como lo demuestra el mismo art. 79, que le otorga efectos civiles desde que la inscripción se verifique. Es sólo un defecto subsanable en todo tiempo, y no una solemnidad de la que dependa la existencia del acto, siempre que, como en el caso que motivó dicha sentencia (delito de bigamia), no se trate de sus efectos civiles.

ARTÍCULO 80

El conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde á los Tribunales eclesiásticos.

ARTÍCULO 81

Incoada ante el Tribunal eclesiástico una demanda de divorcio ó de nulidad de matrimonio, corresponde al Tribunal civil dictar, á instancia de la parte interesada, las disposiciones referidas en el art. 68.

ARTÍCULO 82

La sentencia firme de nulidad ó divorcio del matrimonio canónico se inscribirá en el Registro civil, y

se presentará al Tribunal ordinario para solicitar su ejecución en la parte relativa á los efectos civiles.

Resultado lógico de la base tercera y de los artículos 42 y 75 de este Código, es la prescripción que determina la exclusiva competencia de los tribunales eclesiásticos para conocer de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos. Ordenaba el Fuero Real que «si pleitos de casamientos fueren comenzados entre algunos en juicio, ninguno de ellos sea osado de casar en otra parte fasta que el pleito sea determinado por juicio de Santa Iglesia» (1); y expresaban las Partidas que, «pronunciada ó dada debe ser la sentencia de divorcio, que se face entre el marido et la mujer, por los Arzobispos ó por los Obispos, de cuya jurisdicción fueren aquellos que departen; et esto es porque el pleito de departir el matrimonio es muy grande et muy peligroso de librar. Et por ende tal pleito como éste, et aun todos los otros pleitos espirituales grandes, pertenecen de librar más á los Obispos que á los otros prelados menores que ellos, porque son más sabidores, ó deben ser, para librarlos más derechamente» (2).

El art. 80 es natural y lógica consecuencia del 75, que se refiere, al iniciar el capítulo en que se trata del matrimonio canónico, al Concilio de Trento, el cual estableció (3) que «si alguno dijere que las causas matrimoniales no pertenecen á los jueces eclesiásticos, sea excomulgado»; principio que inspiró también el decreto de 9 de Febrero de 1875 y el art. 24 de la Instrucción publicada para su ejecución. Pero como la demanda sobre nulidad ó divorcio origina dentro de la familia una situación anormal y extraña, que solicita la adopción de medidas urgentes que regularicen provisionalmente aquélla en la forma que determina el art. 68, los interesados deben acudir para que esto tenga lugar al tribunal civil.

---

(1) Ley 7.ª tít. 1.º, libro 3.º del Fuero Real.
(2) Ley 7.ª, tít. 10, Partida 4.ª
(3) Canon 12, sesión 24.

Dictada ya la sentencia de nulidad ó divorcio y cuando tiene carácter de firme, han de reflejarse sus efectos en el Registro civil, como lo establecía el art. 27 de la Instrucción de 19 de Febrero de 1875. Con arreglo al 18 de la de 26 de Abril de 1889, el encargado del Registro ha de transcribir, á instancia de parte legítima, los expresados fallos, poniendo, además, notas de referencia en las inscripciones correspondientes, que son para este objeto las partidas de nacimiento de las personas que contrajeron el matrimonio nulo ó en el cual recayó el divorcio (1), no pudiéndose significar la causa de éste. Y no bastan estas anotaciones marginales, sino que ha de remitirse testimonio de la ejecutoria al encargado del Registro en que se inscribió el matrimonio, para que también sea inscrita íntegramente, obrando también sus efectos por medio de nota en las de nacimiento de los hijos del matrimonio anulado y en las de los que los contrayentes legitimaron al casarse (2).

El art. 81 establece que una vez *incoada* ante el Tribunal eclesiástico, una demanda de divorcio ó de nulidad de matrimonio, deben los Tribunales civiles, *á instancia de parte interesada*, dictar las disposiciones referidas en el art. 68. Este último artículo, exige que las demandas se hallen no sólo incoadas, sino *admitidas*, y en este sentido resuelve esta cuestión, con vista de ambos artículos, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Diciembre de 1903, á que nos referimos en el comentario del artículo 68.

En sentencia de 28 de Septiembre de 1912 aplica el Tribunal Supremo los arts. 80 y 82, resolviendo que los Tribunales civiles no pueden desconocer la firmeza de la sentencia de divorcio, reputada como ejecutoria por la autoridad canónica, cualesquiera que sean los defectos atribuídos al juicio.

---

(1) Ley del Registro civil, art. 60.
(2) Ley del Registro civil, arts. 61 y 74.

CAPITULO III

Del matrimonio civil.

Quedan ya relatadas en la reseña histórica que precede á éste título las vicisitudes del matrimonio civil, según las leyes de 17 y 18 de Junio de 1870, los reglamentos dictados para su ejecución y planteamiento, el decreto de 9 de Febrero de 1875, la Real orden que se dictó en 19 del mismo mes y año aprobando una instrucción detalladísima, y la jurisprudencia que sobre aplicación de estas disposiciones, acaloradamente discutidas, sentó el Tribunal Supremo. No es, pues, menester enumerar los precedentes de este capítulo, cuya más sólida base es la tercera de las contenidas en la ley de 11 de Mayo de 1888, la cual expresó que el matrimonio civil se celebraría del modo que determinase el mismo Código, en armonía con lo prescrito en la Constitución del Estado. Cumple el Código en su art. 42 y en este capítulo lo preceptuado en la base referida, y establece para hacerlo un método sencillo y claro, tratando separadamente de la capacidad de los contrayentes, celebración del matrimonio, nulidad y divorcio. El trabajo resultaba aminorado, pues respecto á prohibición de contraer matrimonio impuesta á determinadas personas, consecuencias de infringirlas, forma de solicitarse la licencia ó consejo, modo de hacerlo constar, pruebas del matrimonio, deberes y derechos que éste crea, y efectos de la nulidad ó el divorcio, quedó en los artículos 43 al 74 perfectamente dilucidada la materia, excusando el precepto del art. 52 al decir «que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges», el que se exprese el principio acerca de su indisolubilidad y perpetuidad, aceptado como fundamental por la ley de 18 de Junio de 1870.

SECCION PRIMERA

DE LA CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES

ARTÍCULO 83

No pueden contraer matrimonio:

1.° Los varones menores de catorce añoa cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos.

Se tendrá, no obstante, por rivalidado *ipso facto,* y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado á la pubertad legal hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, ó si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal ó de haberse entablado la reclamación.

2.° Los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio.

3.° Los que adolecieren de impotencia física, absoluta ó relativa, para la procreación con anterioridad á la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua é incurable.

4.° Los ordenados *in sacris* y los profesos en una Orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad, á no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica.

5.° Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial.

Contiene este artículo cinco números, en los cuales se expresan otras tantas incapacidades para contraer matrimonio, pudiendo ocasionar la infracción de tales prohibiciones, la nulidad del que se contraiga, como lo declara el art. 101, que tiene con el que comentamos íntima conexión y enlace. Pueden ser objeto de dispensa los casos comprendidos en los números 1.° y 4.°

única y exclusivamente, no siendo posible por la naturaleza de las incapacidades que así suceda en los demás, ó sea en el matrimonio del loco, del impotente ó de la persona ligada con vínculo matrimonial anterior. De cada una de dichas incapacidades es preciso tratar separadamente, dada su notoria importancia.

Impúberes.—La incapacidad declarada por este artículo lo estaba por Derecho romano, por la Iglesia católica, por la ley 6.ª, título 1.º de la Partida 4.ª, por el art. 4.º de la ley de 18 de Junio de 1870 y por varios Códigos extranjeros, constituyendo una excepción el de Francia, que en su art. 144 prohibe á la mujer menor de quince años y al hombre menor de dieciocho el contraer matrimonio, si bien permitiendo la dispensa de edad por causas graves. La anterior legislación francesa se inspiró en el Derecho romano (*Inst.*, tít. du *Nuptiis princip.*); pero fué derogado por la ley de 20 de Septiembre de 1792, que exigió al varón y á la hembra que deseaban contraer matrimonio, quince y trece años respectivamente.

Los Códigos novísimos manifiestan señalada tendencia á elevar la edad de aptitud para el matrimonio, haciéndola coincidir, respecto del hombre, con la mayoría legal, que se alcanza en Alemania á los veintiún años y en Suiza á los veinte. No obstante, por concesión especial, puede en ambos países ser autorizado el matrimonio á los dieciocho años. En cuanto á la mujer, el Código alemán fija la nubilidad á los dieciséis años, y el suizo á los dieciocho, ó diecisiete mediando autorización.

Francia, cuyos jurisconsultos más eminentes no se atrevieron á exigir la mayoría de edad para contraer matrimonio, ante el temor de que los recién salidos de la infancia no tuviesen la prudencia, discreción y conocimiento del mundo necesarios para constituir una familia, exigió una edad intermedia, demostrando una incertidumbre de criterio que no puede ser base de ninguna disposición legal. El Derecho romano, la Iglesia católica y el precepto de nuestro Código, han tenido en cuenta las experiencias de la fisiología, y ateniéndose á la posibilidad de concepción de la mujer y virilidad del varón, señalan las edades

de doce y catorce años respectivamente. Por otra parte, le era muy difícil al Estado el separarse de la legislación canónica, que tiene tal influencia en la familia española, que puede decirse que es la fundamental.

Los Códigos de las Repúblicas americanas, en los cuales se reflejan muy á menudo los precedentes históricos de nuestra legislación, establecen la aptitud para el matrimonio á la edad de doce y catorce años. Así, Méjico, Chile, Uruguay, Guatemala, pero no Costa Rica, donde pueden anularse los matrimonios de quince años.

En lo general, la ley civil ha seguido el precedente de la legislación canónica respecto á la edad que han de tener los contrayentes. ¿Qué conflictos no surgirían en el caso de no poder tener efectos civiles un matrimonio canónico en un pueblo de tan acendrados sentimientos católicos como el nuestro?

Según el artículo, el transcurso de cierto tiempo ó el hecho de la concepción revalida el matrimonio, que era nulo por falta de edad de los contrayentes. ¿Han de ser ambos cónyuges impúberes para que tenga aplicación el texto legal? Así puede creerse cuando se dice: «si un día después de haber llegado á la pubertad legal *hubiesen* vivido juntos», etc. El plural en que se produce la redacción del artículo comprende á uno y á otro, á marido y mujer, conjunta y copulativamente; pero ¿significa esto que el texto del Código no sea aplicable al matrimonio contraído por hombre púber con mujer impúber, ó al contrario? ¿Excluye la letra del precepto el matrimonio de impúberes que no lleguen en el mismo día á la pubertad legal?

No puede ser así, porque no se escriben los Códigos para prever un caso rarísimo, cual es el de un matrimonio celebrado entre personas que por llevarse dos años de edad día por día, vengan á cumplirlos en la misma fecha, y con la anomalía de que el texto legal no pueda referirse sino al caso en que la hembra sea más joven que el varón. Por eso el precepto no hace sino sentar un principio, del cual la interpretación ha de derivar las consecuencias lógicas. En el matrimonio contraído por hombre púber

con mujer impúber, ó al contrario, el hecho vence á la presunción; es decir, al terminar las veinticuatro horas posteriores á la terminación de la infancia del impúber, el matrimonio se revalida, ó al notar los primeros síntomas del embarazo la mujer tenida por impúber.

La ciencia médica tiene por muy difícil el dictaminar sobre la preñez, de tal modo, que únicamente los movimientos del feto son acogidos por los comadrones como síntomas probables de aquel estado. Es, pues, muy difícil llevar al ánimo del juzgador la convicción de que la mujer ha concebido; por grandes que sean los esfuerzos de las partes contendientes y en cualquier forma que se produzca la resolución del Tribunal competente, el hecho material, tangible, real y cierto del alumbramiento constituirá el fallo definitivo.

Pudiera ocurrir el caso de que después de hecha la reclamación sobre nulidad de un matrimonio por falta de edad y ya avanzado el procedimiento, la mujer sintiese ó presentase síntomas de embarazo. En este caso, los facultativos, en el período probatorio, podrán discernir si la preñez dató del tiempo en que hicieron vida común los cónyuges. Por esto, y dado el caso de que el legislador ha previsto que el hecho era más fuerte que el derecho, ya dice lo bastante el texto legal para que una interpretación lógica no deje desamparados intereses sacratísimos.

Dementes.—Según la ley de Partida, «el que fuese loco de manera que nunca perdiese la locura, non puede consentir para facer casamiento, magüer dijese aquellas palabras porque se face el matrimonio. Pero si alguno fuese loco á las veces é después tornase en su acuerdo, si en aquella sazón que fuese en su memoria consintiese en el casamiento, valdria» (1). Solamente siendo la demencia continua se vedaba al loco el matrimonio, y en este precedente se ha inspirado el Código civil, según el cual, aprovechando un momento de lucidez puede casarse el loco, como en iguales circunstancias puede hacer testamento (2).

(1) Ley 6.ª, tít. 2.°, Partida 4.ª
(2) Arts. 665 y 666.

Sepárase en esto nuestro Código del francés, cuyo art. 146, desarrollando el principio de que no hay matrimonio donde no hay consentimiento, concurre con el 489 á vedar al que sufre interdicción el contraer matrimonio. Se ha discutido por los jurisconsultos franceses sobre la justicia y procedencia de admitir en la locura los intervalos de lucidez, pero ha triunfado la doctrina contraria.

Igualmente parece adoptarse esta última por el Código suizo, cuyo art. 97 declara absolutamente incapaces de contraer matrimonio á las personas atacadas de una enfermedad mental.

Indudablemente se inspira en la justicia y en la caridad el precepto de nuestra ley, y viene muchas veces á responder á las conclusiones de la ciencia médica, que con frecuencia ve en el matrimonio de la loca por histerismo el final del estado de demencia. Algunos códigos han seguido el precedente del francés, entre ellos el de la República Argentina, quizá por un espíritu de desconfianza acerca de la dificultad de aprovechar un momento de razón del que habitualmente tiene perturbada la inteligencia. Cabe dentro de la doctrina del artículo y viene á hacerla práctica, que el funcionario, en todo caso responsable de una falsedad en documento público, con todas las consecuencias que trae la rigurosa aplicación del Código penal, tome cuantas precauciones y practique cuantas diligencias tiendan á asegurarle de que el consentimiento se presta por los interesados con voluntad plena y conocimiento de la significación y transcendencia del acto. Para ello se acudirá por analogía á las precauciones que, según el art. 665 de este mismo Código, deben adoptarse cuando el demente, en un intervalo de lucidez, trata de hacer testamento imponiendo en tal caso al Notario la obligación de asesorarse de dos facultativos que, si dictaminasen en sentido favorable á la capacidad, lo expresarán así, autorizándolo con su firma en el mismo instrumento que se otorgue. Punto por punto puede hacerse esto cuando se trate del matrimonio, suscribiendo los facultativos el acta en que afirmen la

momentánea lucidez del contrayente, coetánea al acto de expresar su consentimiento.

Impotentes.—Se ha debatido con calor é interés si la comunicación carnal es de esencia en el matrimonio, dándose la merecida importancia al mutuo auxilio que se exige á los cónyuges y al afecto y cariño que crea la vida en común; se ha argüido que, si bien el matrimonio tiene por fin principal la procreación de los hijos, ésta no se consigue en muchísimos casos, y se ha deducido, por lo tanto, que puede existir matrimonio sin necesidad del comercio sexual, presentando como ejemplos uniones contraídas en edad avanzada, cuando el transcurso de los años determina la impotencia de una manera fatal y necesaria.

En ningún Código europeo, fuera del ruso, que prohibe el matrimonio á los que han cumplido noventa años, se ha admitido la limitación de edad, y, por lo tanto, se ha supuesto que el vínculo es fuerte y merece la sanción de la ley, aun cuando no tenga por fin principal la reproducción de la especie.

Los Códigos, francés, alemán y suizo no hacen mención especial de la impotencia como causa de nulidad, pero opinan muchos de sus comentaristas que este defecto puede ser suplido mediante una anulación por error en la persona.

No puede desconocerse que si bien no es la procreación un fin de esencia en el matrimonio, es uno de los principales del mismo, y así se deduce de los textos canónicos y de los de nuestra antigua legislación, entre los cuales puede citarse como notable precedente el proemio de la cuarta Partida, que, significando las honras señaladas que dió nuestro señor Dios al hombre, enumeró entre las primeras la de ofrecerle *compañera en que ficiese linaje de que el mundo fuese poblado é El loado é servido* (1). La necesidad de la comunicación carnal motivó el precepto de la ley. «El que fuese castrado ó que le menguasen aquellos miembros que son menester para engendrar, magüer haya en-

(1) E las razones porque el casamiento fué establecido mayormente, son dos: la una pará facer hijos é acrescer el linaje de los hombres (Ley 4.ª, titulo 2.º, Partida 4.ª).

tendimiento para consentir, non valdría este casamiento que ficiese, porque non se podría ayuntar con su mujer carnalmente para facer hijos» (1).

La impotencia que origina la incapacidad puede ser absoluta ó relativa; pero el Código exige, para que impida el matrimonio ó le anule, que sea anterior á su celebración y que se manifieste de una manera patente, perpetua é incurable; frases que también se leen en el preámbulo de la ley de 18 de Junio de 1870, el cual añadió: «el individuo que padezca de una enfermedad pasajera ó sobre la cual la ciencia pueda ejercer su benéfica acción, tendrá aptitud para contraer matrimonio, ya que en la perpetuidad de esa unión podrá cumplirse el fin de la procreación».

En esta materia la investigación judicial es difícil porque á los ojos del médico más experimentado pueden presentarse con apariencias de verdad las más repugnantes falsedades; pero tal dificultad no excusaba al legislador del deber de previsión, y éste ha sido relizado de completo acuerdo con la ciencia, clasificando la impotencia en absoluta y relativa; absoluta, la que una persona tiene con todos y cada uno de los individuos del otro sexo; relativa, la que le impide la cópula únicamente con una persona determinada.

Los notorios adelantos de la medicina excusan la enumeración de los diversos casos de impotencia, que minuciosamente relata el título 8.º de la Partida 4.ª, que trata *De los varones que non pueden convenir con las mujeres, nin ellas con ellos, por algunos embargos que han en sí mismos*. Es tan absoluto el precepto prohibitivo del artículo, que, según el mismo, se priva al que tuvo un hijo natural, y después se hizo impotente, de legitimar el fruto de sus amores contrayendo matrimonio con la madre. Es indudable que en este caso la familia quedaría constituída de una manera perfecta; que marido y mujer gozarían de las satisfacciones de la paternidad, y después de educar al hijo y verse

---

(1) Ley 6.ª, tít. 2.º, Partida 4.ª

en unión estrecha solicitados por la necesidad del trabajo y del ahorro, ¿quién conocería que de aquel hogar era base y fundamento un sér para quien la ley sólo tiene preceptos de rigor? Duro es que pueda suceder esto, pero las leyes no deben descender á un casuísmo, órigen de multiplicadas excepciones, y en el caso citado podría conseguirse la legitimación por concesión Real, con arreglo al art. 125.

Ordenados in sacris y profesos.—Esta incapacidad tiene origen en las disposiciones canónicas y fué acogida por la ley de 18 de Junio de 1870, á pesar de la cual, y produciendo alarma en muchas conciencias, trató de contraer matrimonio alguna persona revestida de dicho carácter, dudándose, no sobre si bastaba para realizarlo el que renegase de la religión católica, sino sobre la forma de expresar que se apartaba de su seno; y la duda hubo de ser resuelta por la Dirección de los Registros (1), la cual opinó que no era suficiente el que el interesado declarase su apostasía en un manifiesto al público, sino que los presbíteros que abandonasen la religión necesitaban, para no estar comprendidos en el impedimento que marca la ley, probarlo por los medios conocidos en Derecho.

Un decreto del Gobierno de la República (2) estableció la forma de expresarse la opostasía por el ordenado *in sacris* ó profeso en una orden religiosa canónicamente aprobada, habiendo de hacerse por escrito ante la Autoridad judicial, levantándose un acta con el objeto de que fuese unida al expediente de matrimonio.

Como resultado de la base tercera y del art. 42, el precepto prohibitivo ó la incapacidad mencionada sólo dejará de tener eficacia cuando medie *la correspondiente dispensa canónica*, no bastando para burlarle manifestación alguna, por solemnemente que ésta se exprese. Así se deduce también de la redacción concreta del texto legal, que dispensa de todo comentario.

---

(1) Resolución de 20 de Septiembre de 1871.
(2) 1.º de Mayo de 1873, *Gaceta* del 3.

Personas ligadas con vínculo matrimonial.—El matrimonio que contraigan es nulo y no produce efectos civiles, según prescribe el art. 51, á cuyo comentario nos remitimos, debiendo significar que la ausencia de un cónyuge, por larga que sea, no permite al otro el pasar á segundas nupcias; pues así lo establece la base sexta contenida en la ley de 11 de Mayo de 1888, y ya queda dicho que este precepto prohibitivo tiene sanción penal, pues el delito de bigamia es castigado con prisión mayor (1).

ARTÍCULO 84

Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:

1.º Los ascendientes y descendientes por consanguinidad ó afinidad legítima ó natural.

2.º Los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado.

3.º Los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado.

4.º Los colaterales por consanguinidad ó afinidad natural hasta el segundo grado.

5.º El padre ó madre adoptante y el adoptado; éste y el cónyuge viudo de aquéllos; y aquéllos y el cónyuge viudo de éste.

6.º Los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, mientras subsista la adopción.

7.º Los adúlteros que hubiesen sido condenados por sentencia firme.

8.º Los que hubiesen sido condenados como autores, ó como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos.

ARTÍCULO 85

El Gobierno, con justa causa, puede dispensar, á instancia de parte: el impedimento comprendido en el núm. 2.º del art. 45; los grados tercero y cuarto de los

---

(1) Código penal, art. 486.

colaterales por consanguinidad legítima; los impedimentos nacidos de afinidad legítima ó natural entre colaterales, y los que se refieren á los descendientes del adoptante.

En el comentario al art. 75 quedan citadas las disposiciones canónicas referentes á los impedimentos que nacen del parentesco, y las mismas pueden ser numeradas en este lugar como precedentes de nuestro Derecho civil. Las Partidas expresaron que, «el parentesco ó cuñadía fasta el cuarto grado, embarga el casamiento que no se faga; é si fuese fecho, débenlo desfacer». Mencionaron también como impedimento dirimente el compadrazgo, ó sea el existente entre el padrino y la madrina respecto á sus ahijados de pila, ocupándose también de la adopción como origen de embargo para el matrimonio (1).

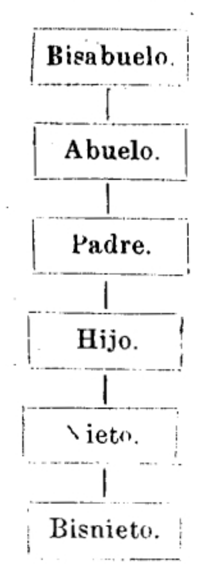
El Código ha transcrito á su texto el del art. 6.º de la ley de 18 de Junio de 1870, sin otra variación que la de ampliar hasta el cuarto grado el impedimento entre los colaterales por afinidad legítima. Para definir de una manera exacta con referencia á los cuatro primeros números del art. 84 los diferentes parentescos que menciona, es preciso acudir á las prescripciones que se contienen en la sección segunda, título, capítulo y libro 3.º de este Código; bastando, para no anticipar comentarios y repetir ideas, el expresar que la computación de grados que aquí tiene efecto es la civil, según preceptúa el art. 919, que no exceptúa de tal aplicación sino la declaración de impedimentos para el matrimonio canónico.

No obstante, para dar una idea de los expresados impedimentos, insertamos los siguientes cuadros.

1.º Ascendientes y descendientes consanguíneos. Están constituídos por la línea recta de parentesco, que, según el artículo 916 del Código, se forma con la serie de personas que descienden una de otra:

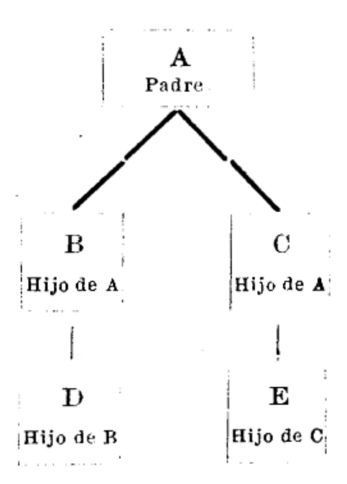
---

(1) Leyes 12, tít. 2.º, Partida 4.ª, y 1.ª á la 8.ª del tít. 7.º de la misma Partida.



La prohibición es absoluta hasta el infinito.

2.º Colaterales por consanguinidad legítima ó natural. Es línea colateral, según el mismo art. 916, la constituída por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que todas ellas proceden de un tronco común.

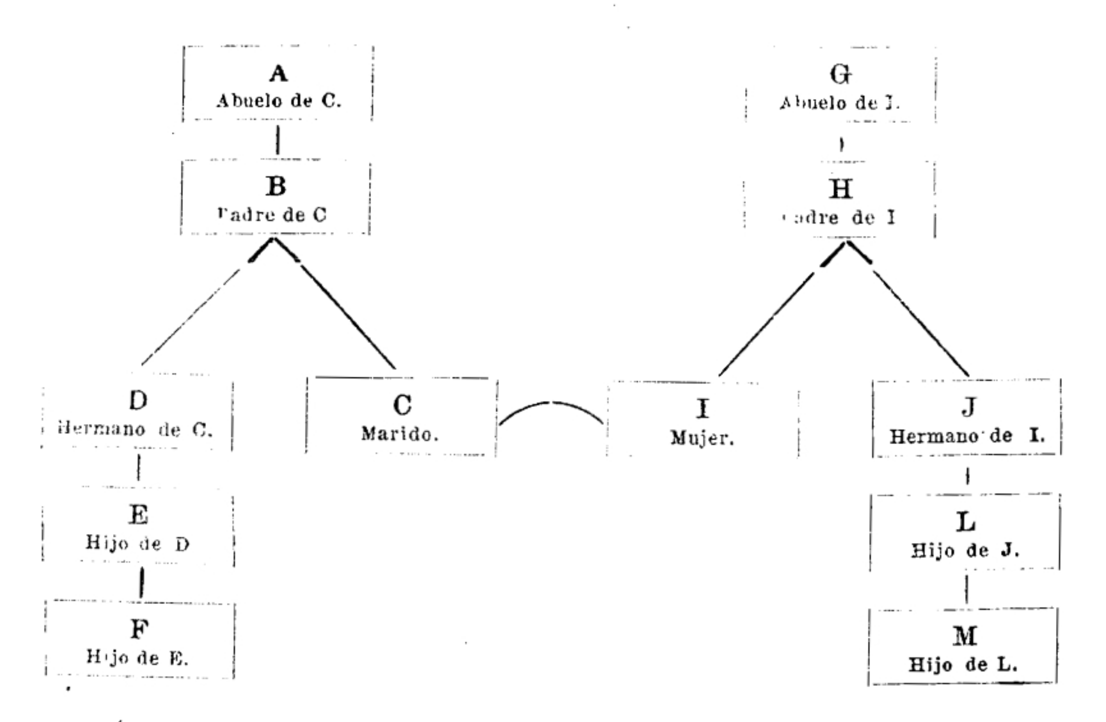


Grado es sinónimo de generación. En las líneas, según el artículo 918, se cuentan tantos grados como generaciones, ó tantos grados como personas haya, descontando la del progenitor ó tronco común. En la línea colateral, se sube hasta ese tronco, y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. B. y C., hermanos, están, pues, en segundo grado de parentesco, porque hay un grado de B. á A., y otro grado de A. á C.; C. y D. están en tercer grado, y lo mismo B. y E.;

por último, E. y D., como primos, hijos de hermanos, se hallan en cuarto grado de consanguinidad legítima ó natural.

El impedimento para el matrimonio llega en el parentesco legítimo hasta E. y D., ó hasta B. y los hijos de E., que también son parientes en cuarto grado. En el parentesco natural, la prohibición sólo alcanza á los hermanos B. y C.

3.º Parientes afines. Parentesco por afinidad, es el que existe entre cada uno de los cónyuges y la familia del otro. Considerando á los dos cónyuges como una sola persona, los parientes consanguíneos del uno, son en idéntico grado parientes afines del otro.



A., B., D., E. y F., son parientes afines de I., y en igual grado que lo son de consanguinidad respecto á C. A su vez, G., H., J., L. y M., son parientes afines de C. El impedimento para el matrimonio civil, alcanza al cuarto grado, pero es dispensable respecto á todos los colaterales, como declara el art. 85.

Los números 5.º y 6.º del art. 84 se refieren á la incapacidad para contraer matrimonio que, entre los que se relacionan por la adopción, nacen de ésta, siguiendo el Código al expresarla el precedente de las leyes de Partida que se refieren al porfijamiento.

Como del contexto del art. 42 y de la separación que en su virtud se establece, resulta que el matrimonio civil ha de tener lugar entre personas que no pertenezcan á la religión católica, no se menciona el impedimento basado en el parentesco puramente espiritual, que se crea por el Sacramento del bautismo entre padrino y madrina respecto á sus ahijados y los padres de éstos.

El adulterio no producía, según la ley de Partida (1), entre los que le cometían, impedimento para casarse, pues aun cuando se conceptuaba *muy gran yerro*, añadía: «si acaesciese que se muere el marido de aquella que fizo el adulterio, bien despues podría casar con ella aquel con quien lo fizo, non habiendo otra mujer». Esta concesión dejaba, sin embargo, de tener efecto por tres razones: «Primera: Si cualquiera de ellos matase, ó ficiese matar, ó fuese en consejo de la muerte del otro marido ó de la mujer con intencion de que casasen despues en uno. Segunda: Si aquel que yace con ella la jurase y la prometiese que casaría con ella despues que fuese muerto su marido. Tercera: Si alguno yoguiese con mujer agena é se casase con ella seyendo vivo el marido, ca magüer se muriese el marido de ella non valdría el casamiento que antes hubiese fecho. Eso mismo sería de la mujer que ficiese adulterio con ome casado en alguna de estas tres maneras sobredichas.»

El Código, siguiendo el precedente de la ley de 18 de Junio de 1870, sienta un precepto prohibitivo absoluto respondiendo á las exigencias de la moral, que si resulta hondamente perturbada por la comisión del delito de adulterio, lo sería mucho más si se diese el caso de que, muerto el cónyuge ofendido, los que le deshonraron en vida pudiesen exhibirse legalmente unidos. Esto sería santificar el crimen.

Consecuencia lógica y precisa de que el Estado presida la celebración del matrimonio civil, es que en ciertos y determinados casos pueda salvar del rigor del precepto prohibitivo á personas

(1) Ley 19, tít. 2.°, Partida 4.ª

que, comprendidas en la letra del mismo, se hallen en circunstancias excepcionales. Una justa causa autoriza al Gobierno para otorgar dispensa en alguno de los casos que el art. 85 establece, es decir, en aquellos en que cierto parentesco entre los contrayentes es el obstáculo para el matrimonio, ó cuando se trata de que la viuda pase á segundas nupcias antes de los trescientos un días, en que no podría hacerlo según el núm. 2.º del artículo 45.

Ya explica la exposición que precede á la edición reformada, que la omisión de dos palabras en la anterior había producido un error de concepto. Efectivamente; tal y como antes se hallaba redactado el art. 85, parecía ser posible la dispensa del impedimento existente entre suegra y yerno ó suegro y nuera, cuya creencia causó comentarios que quedan sin valor después de añadidas las palabras *entre colaterales*, concretando á éstos la dispensa de los impedimentos nacidos de afinidad legítima ó natural.

Para la obtención de las dispensas, deben tenerse presentes las reglas prescritas en el Reglamento del Registro civil de 13 de Diciembre de 1870, art. 47 (1), y la circular de la Dirección ge-

---

(1) «Art. 47. Para solicitar y obtener la dispensa de impedimentos expresados en el art. 7.º de la ley de Matrimonio se observarán los trámites y formalidades siguientes:

1.º Los solicitantes presentarán al Tribunal del partido á que corresponda el Juzgado municipal donde deba celebrarse el matrimonio una instancia firmada por los dos, ó por persona á su ruego, si no supieren ó no pudieren firmar, y dirigida al Ministro de Gracia y Justicia, expresando el impedimento ó impedimentos cuya dispensa solicitaren, y exponiendo las causas en que se funden para pedirlo

Con esta instancia deberán presentarse los documentos fehacientes en que consten el impedimento ó impedimentos cuya dispensa se solicite, la certeza de las causas alegadas para obtenerla y las partidas de nacimiento de los solicitantes, sacadas del Registro civil, ó de la parroquia respectiva si el nacimiento ha sido anterior al establecimiento de aquél.

Además presentarán en los casos especiales que á continuación se expresan los documentos siguientes:

En el de impedimento de la viuda por no haber transcurrido los trescientos un días siguientes al de la muerte del marido, en el de la mujer cuyo matrimonio se hubiese declarado nulo, ó por no haberse verificado el alumbramiento, si una ú otra hubiese quedado encinta, á que se refiere el número 4.º del art. 5.º de la ley de Matrimonio, se presentará certificación de la

defunción del marido, ó de la sentencia firme en que se hubiese declarado la nulidad del matrimonio, certificado del Facultativo que acredite que la viuda ó la mujer cuyo matrimonio fué disuelto está ó no encinta, y el de nacimiento en su caso de los hijos habidos en el anterior matrimonio.

En el de impedimento de parentesco de colaterales por consaguininad ó por afinidad legítima ó natural, á que se refieren los números 2.º 3.º y 4.º del art. 6.º de la misma ley, los certificados de nacimiento ó de matrimonio que acrediten el parentesco de los solicitantes.

En el de impedimento de los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado á que se refiere el núm. 6.º del propio art. 6.º, copia auténtica del documento fehaciente en que conste la adopción.

Cuando se alegare como causa para obtener la dispensa la existencia de hijos habidos en comercio ilegítimo, ó la circunstancia de hallarse encinta la solicitante, bastará sobre estos particulares la aseveración de los interesados, sin perjuicio de que se presenten los documentos que acredíten el parentesco.

2.º Presentada la instancia con los documentos mencionados en el número anterior, el Presidente del Tribunal de partido, después de cerciorarse por los medios que estime oportunos de la conformidad de los interesados con la solicitud pasará el expediente al Fiscal del mismo Tribunal para que emita su dictamen

Cuando el Presidente lo estime necesario ó los interesados lo soliciten, podrá acordar que se practique una información de testigos acerca de alguno ó algunos de los hechos expuestos en apoyo de la pretensión; y concluso el expediente, el Presidente lo elevará con su informe razonado al Ministerio de Gracia y Justicia por conducto de la Dirección general.

Tanto el Presidente como el Fiscal, procederán en estos asuntos con la posible brevedad y reserva.

3.º Se considerarán como circunstancias favorables para conceder la dispensa:

La de convenir á los hijos de anteriores matrimonios, por la fundada esperanza de hallar en el cónyuge que pretenda entrar en la familia la protección ó el cuidado de que se vieren privados por el fallecimiento de su padre ó de su madre.

La de proporcionarse por consecuencia del matrimonio medios de subsistencia para los solicitantes para alguno de ellos, ó para sus padres necesitados ó enfermos.

La de facilitarse arreglos de familia, que pongan término á cuestiones ó pleitos, ó produzcan otras ventajas análogas

La de evitarse escándalo, por haber mediado largas y estrechas relaciones entre los solicitantes, con existencia de prole ó embarazo.

La de haber gran dificultad de matrimonios, por escasez de población, ó por otras causas generales ó especiales en cada caso.

La razón de Estado, si el matrimonio fuera entre Príncipes ó de alguno de ellos.

Las demás causas que conforme á un recto criterio se estimen como de interés público ó particular de las familias de los solicitantes.

4.º Se considerarán como circunstancias desfavorables á la concesión de la dispensa la absoluta falta de motivos que demuestren la necesidad, la uti-

de 6 de Julio de 1872 (1), así como en caso de haber de con-

---

lidad de la misma y cualquiera otra circunstancia que conforme á un recto criterio se estime como justa causa de denegación de la solicitud.

5.° Recibido en el Ministerio de Gracia y Justicia el expediente, podrá ampliarse con los datos que se conceptúen necesarios; y se dictará resolución, á propuesta de la Dirección general, concediendo ó negando la dispensa. En los casos en que el Gobierno lo estime oportuno, oirá previamente á la Sección de Estado y Gracia y Justicia del Consejo de Estado

6.° La concesión de dispensa se expedirá en real carta, impresa y revestida de las formalidades necesarías para su autenticidad, remitiéndose al Presidente del Tribunal de partido por cuyo conducto se hubiere solicitado, quien dispondrá que se tome de ella razón en un libro-registro de dispensas, que se haga constar á continuación de la misma haberse llenado este trámite, y que se entregue á los interesados para los usos que corresponda.

Cuando la resolución del Gobierno fuere denegatoria de la dispensa, se comunicará de Real orden al mismo Presidente para su conocimiento, el de los interesados y demás efectos consiguientes».

(1) «El art. 47 del reglamento dictado para la ejecución de las leyes de Matrimonio y Registro civil prescribe la forma en que deben instruirse los expedientes que se incoan para obtener dispensa de impedimentos. No obstante la claridad de sus disposiciones, ocurre con frecuencia que en los mencionados expedientes se observan omisiones esenciales y faltas de todo género que impiden su despacho, y obligan á este Centro á que los devuelva á los Juzgados de que proceden, irrogándose notables perjuicios á los recurrentes con estas dilaciones producidas la mayor parte de las veces por causas ajenas á la voluntad de aquéllos y no imputables por lo tanto á los interesados; teniendo en cuenta estos antecedentes, y á fin de establecer con toda claridad la manera de instruír los expedientes de que se trata, esta Dirección general ha acordado que por V. S. se tengan presentes y cuide de que se observen puntualmente las siguientes reglas:

1.ª Los que soliciten dispensa de impedimento deberán acompañar á la instancia ó instancias en que la pidieren las partidas de bautismo, defunción ó casamiento que justifiquen con bastante claridad y precisión el parentesco que media entre los solicitantes; cuidando asimismo V. S. de que por el Escribano actuario se forme el correspondiente árbol genealógico, sacado de las partidas presentadas.

2.ª Igualmente deberán presentar los interesados los documentos fehacientes que acrediten debidamente la certeza de la causa alegada para la concesión de la dispensa, excepto las consignadas en la última parte del número 1.° del referido art. 47.

3.ª Cuando la índole especial de la causa no permitiese su justificación por medio de documentos, se recibirá una información testifical si los recurrentes la hubiesen ofrecido ó se creyese indispensable por V. S., debiendo en otro caso consignar en el informe razonado que debe emitir si le consta ó no dicha causa, así como su opinión concreta acerca de si debe concederse ó denegarse la dispensa solicitada.

4.ª Los Promotores fiscales cuidarán de expresar en su dictamen haberse llenado todas las formalidades establecidas para los expedientes de esta clase, manifestando al propio tiempo su opinión respecto á la procedencia ó improcedencia de la dispensa pretendida.

traerse el matrimonio en el extranjero, el Real decreto de 26 de Agosto de 1872 (1).

Lo que comunico á V. S. para su conocimiento y efectos que correspondan, esperando de su reconocido celo que se apresurará á cumplir las anteriores disposiciones, encaminadas á facilitar en beneficio de los interesados la puntual observancia de la legalidad vigente; teniendo en cuenta que por esta Dirección ha de procederse con toda severidad si dejan de cumplirse en la instrucción de tales expedientes los requisitos mencionados »

(1) «REAL DECRETO.—De acuerdo con lo propuesto por el Ministro de Gracia y Justicia, y oído el parecer de la Sección de Gracia y Justicia del Consejo de Estado, vengo en decretar lo siguiente:

ARTÍCULO 1.º Los españoles residentes en el extranjero que intenten contraer matrimonio y se hallen ligados por alguno de los impedimentos dispensables, con arreglo á la vigente ley de Matrimonio civil, podrán incoar el oportuno expediente, pidiendo la dispensa de aquéllos ante los cónsules ó Agentes diplomáticos del punto en que se hallaren.

Art. 2.º Dichos expedientes se sustanciarán con arreglo á lo prevenido en el art. 47 del reglamento y circular de la Dirección general de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado de 6 de Julio último.

Art. 3.º Los Cónsules, Vicecónsules y los funcionarios que hagan sus veces tendrán iguales atribuciones que las concedidas por el citado art. 47 á los Presidentes de partido

Art. 4.º Los Cancilleres de los Consulados desempeñarán las funciones atribuídas al Ministerio fiscal en el artículo referido, y en el caso de existir encargado especial de estas funciones, se suplirá su intervención por el medio que establece el art. 9.º de la ley de Registro civil.

Art 5.º Los Cónsules y Agentes respectivos remitirán á la Dirección general de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado, con el correspondiente informe y en dos correos sucesivos, dirigidos por conducto del Ministerio de Estado, por el primero el expediente original, y por el segundo un testimonio literal del mismo.

Art. 6.º Se llevará en los Consulados un registro de los expedientes de esta clase, donde se anotará su entrada y tramitación, así como las resoluciones que en ellos se dicten.

Art. 7.º El Gobierno comunicará la decisión de estos expedientes, expidiendo al efecto por duplicado, y también por dos correos, las órdenes oportunas, una de las cuales se archivará en la forma que determinan los artículos 28 y 29 del reglamento, uniéndose la otra al expediente de su referencia.

Art. 8.º Las informaciones que deban practicarse para acreditar alguna de las causas alegadas se recibirán con intervención del Canciller ó del que haga sus veces, observándose en ellas las solemnidades prescritas para las de su clase en España.

Art. 9.º Los documentos expedidos por funcionarios ó Autoridades extranjeras ó nacionales que se presentaren para acreditar el parentesco ó las causas que hayan de motivar la concesión de la dispensa, deberán hallarse legalizados en debida forma, y acompañarse la traducción de los que estuvieren redactados en idioma extranjero.

Art. 10. Los Cónsules y Agentes diplomáticos que hayan de intervenir en los referidos expedientes procederán con arreglo á la última parte del párrafo 2.º del art. 46 del reglamento citado.»

Según sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Abril de 1899, admitido en el Código el parentesco de afinidad, debe estimarse esta circunstancia como eximente en el caso del artículo 580 del Código penal, sin que pueda ser obstáculo á esta declaración el haber muerto la persona que servía de base á ese parentesco.

SECCION SEGUNDA

DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO

ARTÍCULO 86

Los que con arreglo al art. 42 hubieren de contraer matrimonio en la forma determinada en este Código, presentarán al Juez municipal de su domicilio una declaración, firmada por ambos contrayentes, en que consten:

1.º Los nombres, apellidos, edad, profesión, domicilio ó residencia de los contrayentes.

2.º Los nombres, apellidos, profesión, domicilio ó residencia de los padres.

Acompañarán á esta declaración la partida de nacimiento y de estado de los contrayentes, la licencia ó consejo si procediere, y la dispensa cuando sea necesaria.

ARTÍCULO 87

El matrimonio podrá celebrarse personalmente ó por mandatario á quien se haya conferido poder especial; pero siempre será necesaria la asistencia del contrayente domiciliado ó residente en el distrito del Juez que deba autorizar el casamiento.

Se expresará en el poder especial el nombre de la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, y éste será válido si antes de su celebración no se hubiera notificado al apoderado, en forma auténtica, la revocación del poder.

ARTÍCULO 88

Si el Juez municipal escogido para la celebración del matrimonio no lo fuere á la vez de ambos contrayentes, se presentarán dos declaraciones, una ante el Juez municipal de cada contrayente, expresando cuál de los dos Jueces han elegido para la celebración del matrimonio, y en ambos Juzgados se practicarán las diligencias que se establecen en los artículos siguientes.

ARTÍCULO 89

El Juez municipal, previa ratificación de los pretendientes, mandará fijar edictos ó proclamas por espacio de quince días, anunciando la pretensión con todas las indicaciones contenidas en el art. 86, y requiriendo á los que tuviesen noticia de algún impedimento para que lo denuncien. Iguales edictos mandará á los Jueces municipales de los pueblos en que hubiesen residido ó estado domiciliados los interesados en los dos últimos años, encargando que se fijen en el local de su audiencia pública por espacio de quince días, y que, transcurridos éstos, los devuelvan con certificación de haberse llenado dicho requisito y de haberse ó no denunciado algún impedimento.

Tratan estos artículos, como también los restantes de la sección, de la forma de otorgarse el matrimonio civil, de los requisitos indispensables para ello, y de la documentación que ha de acompañarse.

Al juez municipal corresponde autorizar estos matrimonios, y se determina la competencia por el domicilio que tengan los contrayentes al tiempo de hacer su declaración, pues el Código no exige, como la ley de 1870, que se justifique la residencia durante los dos últimos años. A dicha autoridad han de ser presentadas con la solicitud las partidas de nacimiento y estado, teniendo en cuenta lo que prescribe el art. 327 de este mismo

Código, y acudiendo conforme al mismo á los libros parroquiales cuando los contrayentes hubiesen nacido antes de ser puesta en vigor la ley del Registro civil. Difícil les será en muchos casos justificar su estado, pues cuando se trate de personas que con motivo de su profesión ó negocios no hayan tenido residencia fija, el juez menos celoso ha de exigirles la negativa de matrimonio expedida por cada uno de los Registros en cuyas respectivas demarcaciones haya vivido el interesado desde los doce ó catorce años, y ni aun descendiendo á tanto pudiera hallarse tranquilo respecto á no haber autorizado un caso de bigamia desde el momento en que el transcurso de un solo día hace válido y eficaz el matrimonio que contrajeron los impúberes. Los gastos y dilaciones que ocasiona el gestionar y conseguir tantas negativas de matrimonio como hacen falta, pueden obviarse en el actual procedimiento, acudiendo en acto de jurisdicción voluntaria á un juzgado de primera instancia á practicar una información de soltería ó viudedad en su caso.

¿Ha de hacerse por los interesados, al solicitar ante el Juez municipal la celebración del matrimonio civil, la manifestación de no profesar la religión católica? De esta cuestión nos hemos ocupado con motivo del art. 42, que es su lugar más oportuno, por lo que nos remitimos á su comentario. En los artículos que ahora hemos de examinar, no hay palabra alguna que pueda servir de fundamento para la exigencia de esa declaración.

Son precedentes de lo que ordena el art. 86, los de la ley de Matrimonio civil con las variantes que expresadas quedan y la de que se presenten por los interesados los documentos que justifiquen haber obtenido la licencia ó consejo, y la dispensa en su caso. Repite aquí el Código la prescripción de su art. 48, cuyo comentario podrá consultarse como complemento del presente.

Según la instrucción de 26 de Abril, en su apéndice 6.°, no es indispensable que los contrayentes firmen como el art. 86 preceptúa, sino que en el caso en que ellos ó alguno de ellos no pudiere hacerlo, lo hará un vecino á su ruego.

El casamiento por medio de apoderado, reconocido por el de-

recho romano, del que trataban las leyes 1.ª y 5.ª de los títulos 1.º y 2.º de la Partida 4.ª y los artículos 35 y 36 de la ley de 1870, ha sido aceptado por el Código, permitiendo la revocación del poder hasta el último instante, en garantía de que el consentimiento es coetáneo con el acto como esencialísimo requisito. El poder ha de ser especial para ese acto, expresándose en él la persona con quien ha de contraerse el matrimonio, sin cuyo requisito no será aquél válido; prevención hecha por la ley con gran prudencia en consideración á la importancia y transcendencia del acto. Y por esta misma razón previene también el artículo 87, que siempre será necesaria la asistencia personal del contrayente domiciliado ó residente en el distrito del juez que deba autorizar el casamiento; de suerte que no pueden concurrir ambas partes por medio de su respectivo mandatario, sino tan sólo una de ellas, la que esté ausente.

Aunque el poder esté revocado al tiempo de celebrarse el matrimonio, será éste válido y producirá todos sus efectos si la revocación no se hubiere notificado al apoderado antes de aquel acto en forma auténtica, ó sea por medio de notario ó de otro funcionario público. Así lo dispone también el art. 87, siguiendo la regla general, porque no sería justo defraudar al contrayente, que hubiere procedido de buena fe; pero si á éste le constaba la revocación del poder, no podría sostener la validez de un acto, al que obstaba su mala fe, nunca amparada por la ley.

El Código francés al legislar sobre el matrimonio nada expresó respecto á esta forma de contraerlo; pero es general entre sus comentaristas la doctrina favorable á admitir el casamiento por apoderado, refiriéndose á su art. 1984 y siguientes, que tratan de la naturaleza y forma del mandato, y al 36, que permite á las partes interesadas en un acto civil concurrir al mismo por un mandatario especial. Los que sostienen la opinión contraria se fundan en que el oficial civil autorizante del matrimonio ha de dar lectura de disposiciones referentes al matrimonio, y en especial á los derechos y deberes de los esposos; pero en nuestro país, y partiendo de la vigencia de este Código, sólo se leen

á los contrayentes dos artículos, cuyos preceptos son de conocimiento vulgarísimo. Los peligros que el casamiento por apoderado puede originar, se compensan con las ventajas notorias que proporciona. Los Códigos alemán y suizo no hacen tampoco admisión expresa del matrimonio por poder.

Exige el Código que los jueces del domicilio de cada uno de los contrayentes ordenen la publicación de edictos, y ésta tenga lugar en los pueblos en que hayan residido los dos últimos años. Completaríase la garantía que da esta prudente y acertada disposición con que quedase en cada uno de los juzgados municipales relación bastante que pudiera servir de huella en el porvenir y evitar un caso de bigamia. ¿No se podía hacer constar en un libro de edictos los insertos necesarios de aquellos que se fijasen para anunciar la celebración de matrimonios de personas residentes en la demarcación del respectivo juzgado? El Registro civil no será perfecto hasta tanto que del mismo puedan deducirse día por día las vicisitudes de estado de cada uno de los ciudadanos.

Los artículos 88 y 89 están redactados con tanta claridad y precisión, que es excusado todo comentario, y nos remitimos á su texto.

ARTÍCULO 90

Los militares en activo servicio que intentaren contraer matrimonio estarán dispensados de la publicación de los edictos fuera del punto donde residan, si presentaren certificación de su libertad expedida por el Jefe del Cuerpo armado á que pertenezcan.

ARTÍCULO 91

Si los interesados fueren extranjeros, y no llevaren dos años de residencia en España, acreditarán con certificación en forma, dada por Autoridad competente, que en el territorio donde hayan tenido su domicilio ó residencia durante los dos años anteriores, se ha he-

cho, con todas las solemnidades exigidas en aquél, la publicación del matrimonio que intentan contraer.

ARTÍCULO 92

En todos los demás casos, solamente el Gobierno podrá dispensar la publicación de los edictos, mediando causas graves, suficientemente probadas.

Con variantes de poca importancia sigue el Código en estos tres artículos el precedente de la ley de 1870.

El militar que no esté en activo servicio ha de observar las prescripciones que con carácter general se contienen en el Código civil: el que se halle en activo únicamente está obligado á la fijación de edictos en el juzgado dentro de cuya demarcación jurisdiccional resida; pero para gozar de tal beneficio es preciso que acredite su viudedad ó soltería mediante certificado expedido por su jefe.

La que con él haya de contraer matrimonio no puede utilizar la excepción, y no era menester que el Código lo declarase, como lo hizo el art. 45 de la ley de 1870, pues solamente con no comprenderla en el texto que determina el privilegio, es sabido que debe atenerse al precepto general (1).

Los extranjeros no están obligados á justificar su libertad; pero se les exige la publicación en su país del matrimonio proyectado y en la forma que determinen sus leyes, siempre que los contrayentes no lleven más de dos años de residencia en España, pues cuando esto sucediere se fijarán los edictos en los juzgados respectivos, con arreglo al art. 89.

Los certificados que presenten los extranjeros para acreditar el cumplimiento del expresado requisito han de estar legaliza-

(1) Sobre matrimonios de militares pueden consultarse el Real decreto de 27 de Diciembre de 1901, Real orden de 21 de Enero de 1902, ley de 15 de Mayo de 1902, Circular del Fiscal del Tribunal Supremo de 9 de Junio de 1902, Real orden de 30 de Julio de 1902 y ley de 5 de Abril de 1904.

dos, como lo exigen el art. 600 de la ley de Enjuiciamiento civil y el 27 de la del Registro civil.

Fuera de los casos mencionados, el Gobierno, mediante la justificación de existir causas graves, puede dispensar la publicación de los edictos, y para su concesión rige hoy el art. 46 del reglamento de 13 de Diciembre de 1870, según el cual, los que aspiren á contraer matrimonio sin la formalidad previa de la publicación de edictos han de acudir ante el juez de primera instancia solicitando la dispensa en una instancia dirigida al Ministro de Gracia y Justicia, la cual, informada por el juzgado, motivará una Real orden, que en el caso de concederse la gracia se anotará por el secretario en un libro destinado al efecto.

ARTÍCULO 93

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, el Juez municipal autorizará el matrimonio del que se halle en inminente peligro de muerte, ya esté domiciliado en la localidad, ya sea transeunte.

Este matrimonio se entenderá condicional, mientras no se acredite legalmente la libertad anterior de los contrayentes.

ARTÍCULO 94

Los contadores de los buques de guerra y los Capitanes de los mercantes autorizarán los matrimonios que se celebren á bordo en inminente peligro de muerte. También estos matrimonios se entenderán condicionales.

ARTÍCULO 95

Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable á los Jefes de los Cuerpos militares en campaña, en defecto del Juez municipal, respecto de los individuos de los mismos que intenten celebrar matrimonio *in articulo mortis.*

Los arts. 15, 30 y 32 de la ley de 1870, previendo el caso de que la celebración del matrimonio fuese urgentísima por hallarse moribundo uno de los contrayentes, atendieron á la necesidad de prescindir de trámites y requisitos que en el caso de ser estrictamente observados hacían imposible el que se legalizasen situaciones anormales, causando con ello males de grave entidad y transcendencia.

Lo que para ello dispusieron constituye el fondo del texto de los artículos objeto del comentario, los cuales atribuyen á los matrimonios que se celebren en tales condiciones, ya los autorice el juez municipal, el contador ó capitán de buque ó el jefe de cuerpo militar en campaña, el carácter de condicionales, no concediéndoles efectos civiles sino cuando se acredite cumplidamente la libertad de los contrayentes, su aptitud y la no existencia de prohibición legal no dispensable ó no dispensada en el caso de poder serlo. Cuando con posterioridad á la celebración del matrimonio se acreditase esto, sus efectos civiles se reconocen á partir del instante de la celebración.

ARTÍCULO 96

Transcurridos los quince días á que se refiere el artículo 89 sin que se haya denunciado ningún impedimento, y no teniendo el Juez municipal conocimiento de alguno, procederá á la celebración del matrimonio en los términos que se previenen en este Código.

Si pasare un año desde la publicación de los edictos sin que se efectúe el casamiento, no podrá celebrarse éste sin nueva publicación.

ARTÍCULO 97

Si antes de celebrarse el matrimonio se presentare alguna persona oponiéndose á él y alegando impedimento legal, ó el Juez municipal tuviere conocimiento de alguno, se suspenderá la celebración del matrimonio hasta que se declare por sentencia firme la improcedencia ó falsedad del impedimento.

ARTÍCULO 98

Todos aquellos á cuyo conocimiento llegue la pretensión de matrimonio, están obligados á denunciar cualquier impedimento que les conste. Hecha la denuncia, se pasará al Ministerio fiscal, quien, si encontrare fundamento legal, entablará la oposición al matrimonio. Sólo los particulares que tengan interés en impedir el casamiento podrán formalizar por sí la oposición, y en uno y otro caso se sustanciará ésta conforme á lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil, dándole la tramitación de los incidentes.

ARTÍCULO 99

Si por sentencia firme se declararen falsos los impedimentos alegados, el que fundado en ellos hubiese formalizado por sí la oposición al matrimonio, queda obligado á la indemnización de daños y perjuicios.

Hecha la publicación de los edictos, cuyo objeto es que puedan ser conocidos los impedimentos existentes y proceder á la celebración del matrimonio en condiciones que garanticen su validez, se abre un período de quince días, según el art. 89, y durante el mismo pueden alegarse los diferentes motivos que constituyen las incapacidades y prohibiciones de los artículos 83 y 84.

Terminado dicho plazo y hasta que transcurra el de un año puede celebrarse el matrimonio sin nueva publicación de edictos, y esta prescripción es más favorable á los contrayentes que la del art. 33 de la ley de 1870, que exigía nuevos edictos pasados los seis meses después de los primeros.

Aun transcurridos los quince días, y siempre que tenga lugar con anterioridad á la celebración del matrimonio, cabe oponerse á ella, logrando por el momento que se suspenda hasta que ejecutoriamente decidan los Tribunales que es improceden-

te ó falso el impedimento alegado, llegándose á sentencia por una tramitación sencilla, cual es la de los incidentes, conforme á la ley de Enjuiciamiento civil.

Puede darse el caso de que una mala fe notoria induzca á formular oposición á la celebración de un matrimonio, ocasionando á los interesados y sus familias males de transcendencia. Entonces cabe la indemnización de perjuicios, pero sólo cuando resulta la falsedad del impedimento alegado, debiendo entenderse que el Código civil no cierra el paso al procedimiento criminal que con posterioridad al fallo pueda incoarse, para perseguir el delito de denuncia calumniosa ó de calumnia, por los contrayentes á quienes, por ejemplo, se imputase por virtud de la oposición hechos constitutivos de delito frustrado de bigamia, que esto significaría el expresar como fundamento de la oposición la existencia de un vínculo anterior no disuelto legalmente.

Al establecer el art. 99 el resarcimiento de daños y perjuicios, se ha atenido, como precedentes, á los arts. 27 de la ley de Matrimonio civil y 48 del reglamento de 13 de Diciembre de 1870, el cual, además, imputaba al juez la responsabilidad referente á los gastos causados á los contrayentes cuando hubiese admitido oposición fundada en ciertos impedimentos, ó ya transcurrido el plazo de los edictos.

El presente Código extiende el derecho de denunciar los impedimentos á toda clase de personas, pero únicamente reconoce personalidad para el ejercicio de la oposición á las personas interesadas, debiendo, para definir este interés, atenerse el juez á las circunstancias especiales de cada caso, es decir, á la causa del impedimento. No teniendo ese interés el particular denunciante, servirá la denuncia para que el Ministerio fiscal formalice la oposición, si encuentra fundamento para ello.

El Ministerio fiscal interviene en la sustanciación de estos expedientes como parte en ellos, pues formalizada una denuncia ha de formalizar ó no su oposición, según precepto del artículo y la circular de 8 de Mayo del 89, publicada en la *Gaceta* del día siguiente. Respecto á la responsabilidad del juez, puesto

que el Código no se la asigna como se la imponía la ley de 1870, rigen los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil en sus artículos 903 y siguientes.

ARTÍCULO 100

Se celebrará el casamiento, compareciendo ante el Juez municipal los contrayentes, ó uno de ellos y la persona á quien el ausente hubiese otorgado poder especial para representarle, acompañados de dos testigos mayores de edad y sin tacha legal.

Acto seguido, el Juez municipal, después de leídos los artículos 56 y 57 de este Código, preguntará á cada uno de los contrayentes si persiste en la resolución de celebrar el matrimonio, y si efectivamente lo celebra; y, respondiendo ambos afirmativamente, extenderá el acta de casamiento con todas las circunstancias necesarias para hacer constar que se han cumplido las diligencias prevenidas en esta sección. El acta será firmada por el Juez, los contrayentes, los testigos y el Secretario del Juzgado.

Los Cónsules y Vicecónsules ejercerán las funciones de Jueces municipales en los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero.

Contiene este artículo la forma de celebración del matrimonio, suprimiendo la lectura del extenso articulado que habían de oir contrayentes y testigos, según la ley de 1870, reduciéndose el acto á lo exclusivamente preciso para que se exprese el consentimiento de los contrayentes y el cumplimiento de las prescripciones ya referidas. No exige la expresión por parte del juez de la solemne fórmula «quedáis unidos en matrimonio perpetuo é indisoluble», la cual se pronunciaba con arreglo á la legislación anterior, ni pide otra alguna, por lo cual es de suponer que el acto termina inmediatamente que los contrayentes manifiesten su consentimiento.

Es en este punto nuestro Código es menos formulista que la mayoría de los extranjeros (francés, alemán, suizo, etc.), en los

cuales el funcionario público que asiste al acto declara unidos á los esposos.

Respecto á las condiciones de los testigos del acto, son aplicables, puesto que el Código exige que no tengan tacha legal, los arts. 1246 y 1247 de este mismo Código y 660 de la ley de Enjuiciamiento civil, debiendo ser mayores de edad, pues tienen el carácter de testigos instrumentales.

El acta que se redacte ha de ser sencilla y todo lo concisa posible, pudiendo formularse en redacción análoga á la del formulario oficial establecido para el matrimonio canónico.

***

En 19 de Marzo de 1906, se ha dictado un Real decreto, sobre transcripción en los Registros de los actos inscritos en las antiguas colonias, subsanación de errores en los Registros civiles de la Península, matrimonios civiles secretos, y apellidos de hijos naturales.

Los arts. 8.º al 11 de este Real decreto, establecen el matrimonio civil secreto, y legislan sobre él, prescribiendo las reglas siguientes:

«Art. 8.º Las personas que queriendo contraer matrimonio civil, deseen que éste permanezca secreto, deberán solicitarlo previamente del Gobierno por conducto del Ministerio de Gracia y Justicia, alegando las causas que aconsejen dicha reserva, conforme á lo dispuesto para la publicación de la dispensa de edictos previos al matrimonio en el art. 92 del Código civil, y en la sección 2.ª, capítulo 5.º del Reglamento del Registro civil.

»Art. 9.º El Gobierno, en vista de las pruebas que los interesados presenten de las causas alegadas, podrá conceder la autorización solicitada, en el caso de que las estimase justas.

»Art. 10. Concedida la autorización á que se refiere el artículo anterior, el matrimonio se celebrará en la misma forma y con los mismos requisitos, exigidos por el art. 100 del Código civil, para la celebración del matrimonio civil.

»Art. 11. Las actas de celebración en estos matrimonios se extenderán en papel de oficio, y se remitirán originales inmediatamente y en forma reservada al Director general de los Registros, el cual ordenará su inscripción en el libro de matrimonios secretos que se lleva en la Dirección de su cargo. Para la publicidad de estos matrimonios, se observarán las prescripciones del art. 79 del Código civil.»

SECCION TERCERA

DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

En la introducción al estudio de la sección quinta del capítulo primero de este título, ya dijimos que puede resultar nulo un matrimonio, bien por haberse contraído mediando algún impedimento, bien por haberse omitido alguno ó algunos de los requisitos esenciales en su celebración.

Al hablar del matrimonio canónico ya hemos dicho también cuándo se producirá su nulidad. Ahora corresponde tratar de la del matrimonio civil, materia de importancia extrema á que está dedicada la sección presente.

En la antes mencionada, quinta del primer capítulo, establece el Código los efectos civiles, así del divorcio como de la nulidad del matrimonio, dictando disposiciones generales aplicables á las dos formas de éste: de modo que para decidir sobre dichos efectos habrá que atenerse á ella siempre, sea el matrimonio declarado nulo canónico ó civil.

Fundados ambos en análogos principios, análogas son las causas de nulidad que reconocen: por ello los de la segunda especie serán nulos si se han celebrado sin la intervención de autoridad competente, ó sin consentimiento libre, ó existiendo algún impedimento de los que especialmente expresa el Código. Respecto á este último caso deben tenerse muy presentes los diferentes límites de la prohibición originada de parentesco para contraer matrimonio en una ú otra forma, y, por tanto, para lo

que al estudio actual interesa hay que fijar cuidadosamente la atención en las prescripciones y comentario del art. 84.

Que en la esfera del derecho civil ha sido necesario establecer causas que hagan nulos determinados casamientos, es innegable. Del derecho natural se derivan incapacidades, que se imponen, y la moral, la higiene y la perfecta organización de la familia dan existencia á otras. Sin tales limitaciones no sería posible la sociedad.

Los que se casan deben, por consiguiente, sujetarse á los preceptos legales referentes á su capacidad y á las solemnidades internas y externas anejas al matrimonio, y si prescinden de la ley, deben sufrir las consecuencias de las infracciones que cometan; pero como estas infracciones pueden ser más ó menos transcendentales y graves, la equidad ha aconsejado que se consideren capaces, unas de acarrear la nulidad del vínculo y otras sólo de hacerle ilícito y punible: siendo preciso no olvidar que de los motivos de nulidad hay algunos dispensables según las prescripciones de los arts. 83, núm. 4.º, y 85.

ARTÍCULO 101

Son nulos:

1.º Los matrimonios celebrados entre las personas á quienes se refieren los artículos 83 y 84, salvo los casos de dispensa.

2.º El contraído por error en la persona, ó por coacción ó miedo grave que vicie el consentimiento.

3.º El contraído por el raptor con la robada, mientras ésta se halle en su poder.

4.º El que se celebre sin la intervención del Juez municipal competente, ó del que en su lugar deba autorizarlo, y sin la de los testigos que exige el art. 100.

En estos cuatro números en que se divide el artículo se hallan comprendidos todos los casos de nulidad: abarcando el primero los originados de incapacidad física para la procreación por falta de edad ó por impotencia, y para consentir, por carencia

del uso de la razón, los producidos por la existencia de un vínculo anterior matrimonial ó religioso, y los dimanados de delito ó de parentesco; y conteniendo el segundo y el tercero los que tienen origen en adolecer de vicio el consentimiento prestado, y el cuarto los que reconocen como fundamento la omisión de solemnidades esenciales en la celebración del matrimonio.

En cuanto á los del número primero, después de lo que queda consignado al comentar los arts. 83 y 84 y al estudiar la materia relativa á los impedimentos para el matrimonio canónico, nada hay que añadir en este sitio. De la misma manera, todo lo dicho al comentar el art. 75 acerca del error, la fuerza y el miedo, y del casamiento celebrado entre el raptor y la robada, es aplicable al lugar presente, puesto que el consentimiento libre y perfecto es de tanta entidad para la constitución del vínculo conyugal en la esfera civil como en la canónica.

Los términos empleados en el núm. 3.º del artículo que comentamos nos obligan á interpretarle en el sentido de que, aun habiéndose verificado el rapto con anuencia de la robada menor, el matrimonio que se realizase sería nulo, mientras la mujer estuviese en poder de su raptor, porque los efectos de la ley civil no pueden menos de alcanzar á donde alcanza la ley penal, y porque el fundamento en la sanción en una y otra ley consiste en que á la violencia se equiparan la seducción y el engaño, que hacen suponer falta de libertad moral en el consentimiento. Una vez fuera la robada del poder de su raptor, puede consentir libremente y cesa la causa de la nulidad. Véase, como atenuante del rigor de este artículo, en esa parte, el precepto del art. 102.

Por último, la falta de intervención en el matrimonio del juez que deba autorizarlo y la de los testigos necesarios tiene que producir forzosamente la nulidad.

Algunos afirman que ésta se ha establecido en analogía con lo que la Iglesia tiene prescrito para el caso en que los contrayentes prescindan de la presencia del párroco y de dos testigos, mientras que otros sostienen que ambas disposiciones no pueden considerarse análogas porque se refieren á actos de carácter dis-

tinto, puesto que el matrimonio celebrado con arreglo á los cánones es un sacramento, y realizado conforme á la ley civil es un contrato simplemente. Pero lo cierto es que, haya ó no haya la pretendida analogía, la intervención del juez competente y de los testigos no es una mera solemnidad de la celebración del matrimonio, sino un requisito esencialísimo determinado en derecho, y que, por lo tanto, la ley ha sido consecuente al preceptuar que su omisión haga nulo el casamiento.

Como precedentes del artículo comentado podrían señalarse muchas de las disposiciones del título 2.º de la Partida 4.ª; pero su estudio sólo serviría para satisfacer una curiosidad histórica. Por otra parte, siendo su examen más propio de un tratado esencialmente didáctico que de una obra de consulta, nos creemos en el caso de no entrar en él, ante el temor de pecar innecesariamente de prolijos. Sea, pues, suficiente este recuerdo útil en cuanto las disposiciones referidas han servido de base á las de la ley del Matrimonio civil concernientes al asunto, que á su vez lo han sido del artículo objeto del presente comentario.

ARTÍCULO 102

La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde á los cónyuges, al Ministerio fiscal y á cualesquiera personas que tengan interés en ella.

Se exceptúan los casos de rapto, error, fuerza ó miedo, en que solamente podrá ejercitarla el cónyuge que los hubiese sufrido; y el de impotencia, en que la acción corresponderá á uno y otro cónyuge y á las personas que tengan interés en la nulidad.

Caduca la acción y se convalidan los matrimonios, en sus respectivos casos, si los cónyuges hubieran vivido juntos durante seis meses después de desvanecido el error ó de haber cesado la fuerza ó la causa del miedo, ó si, recobrada la libertad por el robado, no hubiese éste interpuesto durante dicho término la demanda de nulidad.

Este artículo ha sido objeto de una importante variante en su redacción en la edición reformada, hasta el extremo de diferir en un punto esencial la disposición hoy vigente de la contenida en la edición publicada en virtud del Real decreto de 6 de Octubre de 1888. Según ésta, era pública la acción para pedir la declaración de nulidad del matrimonio; según la que rige, corresponde sólo á los cónyuges, al Ministerio fiscal y á la persona interesada.

Como antes era lógico entender que la referida acción podía ejercitarse por un ciudadano cualquiera, existiendo el gravísimo peligro de que se formulasen demandas inspiradas en sentimientos de venganza, de malevolencia ó de otro interés ilícito, y originándose, en su consecuencia, grandes inconvenientes y males fácilmente comprensibles, la Sección, según con lealtad lo declara en la Exposición que precede á la edición reformada, reconociéndolo y haciendo constar que su intención al declarar pública la acción para pedir la nulidad expresada había sido siempre la de limitarla á la que el Ministerio fiscal es competente, decidió, y por ello es digna de elogio, redactar de nuevo el artículo á fin de evitar dudas y de quitar todo pretexto á encontradas interpretaciones.

La variación no se redujo á esto. En el precepto nuevamente redactado se incluyó entre los casos de excepción el de impotencia, respecto al que también se declaraba la acción pública en la edición primera, y que ha quedado restringida después de la reforma, al otro cónyuge y á las personas en la nulidad interesadas. La disposición actual sobre este asunto es sin género alguno de duda la razonable, y el Código, que en las demás de este artículo ha reproducido sustancialmente las del 93 de la ley de 18 de Junio de 1870, ha hecho bien en separarse en ésta.

Dada la naturaleza de la causa de nulidad de que se trata, no hay posibilidad legal de que sea conocida del Ministerio fiscal, sino en virtud de denuncia hecha por el otro cónyuge ó por persona interesada y sabedora del caso, y á esta persona ó al otro

cónyuge son precisamente á los que hoy se ha limitado el derecho de ejercitar la acción.

Respecto á los casos de excepción restantes, ó sean los de rapto, error, fuerza ó miedo, sin dificultad se alcanzan las razones que el legislador ha tenido para establecerlos. La ley supone que por regla general la cuestión de validez ó nulidad del matrimonio pertenece más al orden social que al privado, y por ello encomienda al Ministerio público la acción para reclamar en la mayor parte de los casos; pero entendiendo también que en los de error, miedo, coacción ó fuerza se halla determinada la nulidad por el vicio de que adolece el consentimiento, y que este vicio es subsanable en cuanto depende de la voluntad de los que en tales condiciones consintieron, establece la excepción, porque con fundamento considera que á éstos exclusivamente corresponde juzgar si debe ser declarado disuelto el matrimonio contraído. De aquí que en los casos expresados sólo el cónyuge víctima del error ó de la violencia sea quien pueda ejercitar la acción contra la subsistencia del vínculo que le repugna.

Consecuencia racional de ello es el último párrafo del artículo, pues claro es que si después de haber desaparecido la causa que ha viciado el consentimiento viven los cónyuges juntos durante un período de tiempo, que la ley prudencialmente ha fijado, debe entenderse que consienten en el matrimonio, toda vez que se han hallado en circunstancias de impugnarle por nulo y que no lo han hecho.

También la citada ley de 1870 prescribía en su art. 93, que únicamente el consorte que hubiera sufrido el error, el miedo ó la violencia fuese el que pudiera usar la acción de nulidad en tales casos, y asimismo establecía en su art. 92 el plazo de seis meses para que el casamiento se considerase convalidado por la cohabitación después de desvanecido el error ó de recobrada la libertad.

En esta materia las leyes modernas han seguido menos que en otras á las antiguas, y precisamente por ello se hace necesa-

rio recordar que la de Partida sólo se ocupaba de los casos en que podía solicitarse la nulidad por impotencia, por vínculo, por parentesco y por error en cierto modo, y que limitaba mucho en unos y ampliaba en otros el ejercicio de la acción para pedirla. Así, en su ley 1.ª, título 10 de la Partida 4.ª, establecía que por impotencia ó por hallarse uno de los cónyuges ligado, únicamente «ellos mesmos» pudieran acusar el matrimonio, porque ellos, decía, «son más sabidores ende que otro»; y más adelante, en la misma ley, refiriéndose á un caso de error, al de casarse hombre libre con sierva, ó al contrario, disponía otro tanto «ca por tal embargo non los puede otro ninguno acusar si non ellos mesmos, e el uno al otro.» Así, en cambio, la misma Partida, en la ley 3.ª del expresado título, disponía que la nulidad por razón de parentesco pudiera pretenderse por «cualesquier del pueblo», si los cónyuges y sus parientes no tuviesen por conveniente hacerlo.

Las diferencias saltan á la vista, y expuestos anteriormente los motivos que el legislador ha tenido presente en los últimos tiempos para apartarse de lo que se hallaba preceptuado y dar extensión distinta á sus disposiciones, consideramos innecesario insistir sobre este punto, acerca del cual es merecedor de encomio, y es claro y terminante el artículo del Código.

ARTÍCULO 103

Los Tribunales civiles conocerán de los pleitos de nulidad de los matrimonios celebrados con arreglo á las disposiciones de este capítulo, adoptarán las medidas indicadas en el art. 68, y fallarán definitivamente.

Este artículo es consecuencia de haberse aceptado por el Código las dos formas de matrimonio que se mencionan en el artículo 42, y de haberse reconocido la competencia de los tribunales eclesiásticos para entender de los pleitos sobre nulidad ó divorcio de los matrimonios canónicos. Por tanto, como es natural, no tiene precedentes en nuestro derecho.

Aunque en verdad no eran indispensables sus declaraciones, porque nadie hubiera dudado tampoco á falta de ellas que sobre la validez ó subsistencia de los casamientos civiles, los tribunales civiles eran los únicos que debían decidir, preferible es que se hayan consignado, pues nunca están de más las prescripciones que tienen por objeto facilitar la aplicación del cuerpo legal de que forman parte.

SECCIÓN CUARTA

DEL DIVORCIO

Estudiada con relativa exteusión la materia concerniente al divorcio en la introducción á los comentarios de la sección quinta del capítulo primero de este mismo título, debe en el lugar presente limitarse nuestro trabajo á determinar el fundamento de los preceptos que vamos á examinar, y la razón de las variantes que entre ellos y los anteriormente vigentes pueden observarse.

Las indicaciones hechas en aquella ocasión respecto á las teorías á que la transcendental cuestión del divorcio ha dado lugar, y á los motivos que los legisladores han tenido siempre en cuenta para resolverla con más ó menos amplitud, sirven precisamente de explicación á las disposiciones de la seeción que nos ocupa. Ténganse, por tanto, aquí por reproducidas.

ARTÍCULO 104

El divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados.

Este artículo es en esencia reproducción del 83 de la ley de Junio de 1870, simplificado en su redacción.

Ya quedan expresadas en el lugar antes mencionado las razones de moral y de conveniencia social que se oponen á la absoluta disolución del vínculo, y no es, por tanto, necesario detenerse ahora á demostrar lo acertado y prudente de la disposi-

ción comentada. Baste hacer notar que la ley civil, á imitación de la eclesiástica, ha considerado mejor posponer el interés privado al público, que dar origen á la peligrosísima perturbación que para la sociedad resultaría de otorgar á los casados el medio de aspirar á un nuevo enlace deseado y tal vez procurado con astucia. Suficiente es, ya que no sea posible que la legislación le conceda otras mayores ventajas, que el cónyuge inocente pueda hacer más soportable su desgracia libertándose de vivir en comunidad con el culpable.

ARTÍCULO 105

Las causas legítimas de divorcio son:

1.ª El adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público ó menosprecio de la mujer.

2.ª Los malos tratamientos de obra, ó las injurias graves.

3.ª La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla á cambiar de Religión.

4.ª La propuesta del marido para prostituir á su mujer.

5.ª El conato del marido ó de la mujer para corromper á sus hijos ó prostituir á sus hijas, y la connivencia en su corrupción ó prostitución.

6.ª La condena del cónyuge á cadena ó reclusión perpetua.

Estas causas de divorcio son, con algunas variantes, dignas de mención, las consignadas en el art. 85 de la tantas veces referida ley del Matrimonio civil, la cual, como es sabido, las estableció muy en conformidad con las que constituyen el derecho eclesiástico sobre el mismo asunto.

Por ello, tanto el Código como la expresada ley colocan el adulterio en primer término como legítimo motivo de divorcio, y se comprende bien, porque siendo la fidelidad elemento esen-

cialísimo del matrimonio, lo que la quebranta debe tenerse como la causa más justificada de la separación de los cónyuges.

Queda dicho que la Iglesia lo ha estimado siempre así, entendiendo, por las razones á su tiempo expuestas, que debe ser considerado, para los efectos del divorcio, tan grave como el adulterio de la mujer, el del marido. La legislación civil, en cambio, si bien en alguna época, ajustándose á la moral estricta y al derecho canónico, encerró un idéntico precepto en la ley 13 del título 9.° de la Partida 4.ª, diciendo, al hablar de las encaminadas al divorcio: «ca en tales acusaciones como éstas el marido e la muger egualmente deuen ser juzgados segund manda la Santa Eglesia», se apartó posteriormente de semejante doctrina, estableciendo una diferencia fundada en la distinta entidad de las consecuencias acarreadas por la falta.

Ya la misma ley de Partida la tuvo en cuenta al ocuparse de la acusación de adulterio ante el Juez seglar en solicitud del oportuno castigo, prescribiendo que el marido pudiese acusar á la mujer del adulterio y no ella á él, pues que dice la ley 1.ª del título 17 de la Partida 7.ª: «los daños e las deshonrras, no son yguales»; porque según expone anteriormente, «del adulterio que face el varon con otra muger non nace daño nin deshonrra á la suya, porque del adulterio que face su muger con otro, finca el marido deshonrrado... e demas, porque del adulterio della puede venir al marido gran daño. Ca si se empreñasse de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fijo extraño heredero en uno con los sus fijos; lo que non auernia á la muger del adulterio que el marido ficiesse con otra».

No es, pues, de extrañar que las legislaciones modernas, procurando disminuir los casos de divorcio, cuanto más frecuentes más perjudiciales á la estabilidad de la familia, hayan concedido mayor importancia á la referida diferencia entre las consecuencias originadas del adulterio según el sexo del culpable, y la hayan dado la extensión que hoy tiene. Así se explica que, aun cuando en el terreno de la moral el distingo no quepa, tenga lugar en el del derecho; no debiéndose olvidar por otra parte que

preocupaciones sociales, de que ya no es posible prescindir, hacen que el adulterio de la mujer infame al marido, y que la falta de éste constituya en objeto de compasión á su consorte.

La ley de 1870 exigía para que fuese causa de divorcio el adulterio del marido, que se verificase con escándalo público, ó con abandono completo de la mujer, ó, tomándolo del Código francés, teniendo el culpable á su cómplice en la casa conyugal; pero el artículo comentado, con mejor acuerdo, ha simplificado el precepto, y huyendo de casuismos, margen, en la mayor parte de las ocasiones, de dificultades para la aplicación de las leyes, ha dejado de hacer constar las dos últimas circunstancias, englobándolas en la frase «ó menosprecio de la mujer», que en su misma concisión abarca mayor número de casos y garantiza más la dignidad de la esposa. A nadie se le ocurrirá dudar de que el adúltero que abandona á la suya ó que tiene á la concubina bajo el techo conyugal, procede con menosprecio de su mujer y le infiere una ofensa capaz de constituir un motivo justo y legítimo de separación. Las palabras contenidas en la ley de Matrimonio civil y hoy suprimidas en el Código, holgaban por consiguiente, y la reforma es provechosa y elogiable.

Por resultar también de más, indudablemente se han suprimido asimismo las declaraciones con que terminaban los números 1.° y 2.° del citado art. 85 de la ley de 1870. No era necesario decir que si el cónyuge agraviado remitía expresa ó tácitamente la ofensa, ésta no habría de ser causa de divorcio, toda vez que sólo á su instancia podía ser reclamado: claro es que quien remite el adulterio no ha de fundarse en él para pretender la separación. El precepto vigente tiene, por tanto, sobre el que esencialmente reproduce, la ventaja de la sencillez.

De mayor importancia es la variante introducida en lo que se refiere á los malos tratamientos como causa de divorcio. Sabido es que siempre, hasta por derecho canónico, se han considerado motivo suficiente para producirle, discrepando sobre este punto únicamente el Código de las legislaciones anteriores en el carácter de los malos tratos y en la extensión del precepto.

Decía el de la ley de Matrimonio civil: «malos tratamientos *graves* de obra ó de palabra inferidos por *el marido á la mujer*»; y dice lacónicamente el del artículo ahora objeto de nuestro estudio: «los malos tratamientos de obra, ó las injurias graves». Claro está que las injurias graves bien podían considerarse como malos tratos graves de palabra; pero no hallándose especificado de una manera precisa cuáles fueran éstos antes de la disposición hoy vigente, había lugar á distintas apreciaciones no sujetas á un criterio determinado, lo cual no puede acontecer ya, gracias al Código. En cambio ahora se ocurre preguntar si los malos tratamientos han de ser necesariamente graves para dar margen al divorcio, ó si serán bastantes para este efecto los malos tratos de obra de cualquier especie. La coma que separa las dos frases de que la disposición legal comentada consta, hace que pueda asegurarse que el Código ha suprimido la distinción, y que estima que, aunque carezcan de carácter de gravedad, podrán los malos tratamientos fundamentar el divorcio. Así debe ser también, porque, según en otro lugar queda expresado anteriormente (1), el mal trato puede revestir carácter muy distinto y tener muy diferente importancia, según la educación y la naturaleza de la víctima, y esta razón ha debido ser tenida en cuenta por el legislador para la supresión del adjetivo, dejando sabiamente al racional arbitrio de los juzgadores decidir en cada caso si la sevicia debe considerarse suficiente para producir la separación que se pretenda, pues tampoco habrá nadie que sostenga que si es á todas luces leve, no habitual y producto de un momento de arrebato, deberá también servir de base á la ruptura.

Por último, la otra modificación introducida en la materia consiste en haberse hoy concedido también al marido la facultad de apoyarse en esta misma causa para solicitar por su parte el divorcio, derecho reservado por la ley del 70 exclusivamente á

---

(1) Introducción al estudio de la sección quinta del cap. 1.° de este mismo título.

la mujer. Habrá, sin duda alguna, quien critique la reforma, diciendo que es muy fácil que el marido abuse de su fuerza, pero que es raro por demás que la mujer se imponga valiéndose de la suya; mas como el caso es dable, especialmente en lo que concierne al empleo de las injurias graves, el Código ha estado acertadísimo en la variante. Sin ella podría en ocasiones convertirse en culpable el cónyuge inocente, tal vez por intención deliberada y por hábiles trazas del verdadero delincuente, que, queriéndose proporcionar una causa para pedir el divorcio, provocaría por medio de graves injurias ó de malos tratos los de su consorte y alegaría éstos después para conseguir la realización de su inmoral proyecto.

De entre las otras causas se ha descartado por el Código la antes establecida, consistente en los malos tratamientos de obra inferidos á los hijos con peligro de su vida. La supresión se explica con sólo tener en cuenta que quien maltrata á sus hijos en semejante forma puede llegar hasta caer bajo las prescripciones de la ley penal, y que por el derecho se halla suficientemente garantida de determinada manera la seguridad de los que han sido víctimas de la barbarie de sus padres. Existiendo, pues, medios legales de dispensar esa protección á los que de ella se encuentran necesitados, no había para qué conservar este motivo más en que apoyar la petición de divorcio.

Los demás que en el artículo aparecen consignados son, con ligeras variaciones de redacción, que en nada influyen en su esencia, los que también se hallaban contenidos en la ley de Matrimonio civil. Como queda indicado, el respeto á la libertad de conciencia, el reconocimiento de lo que se debe al pundonor y á la honra del consorte inocente y las consecuencias de la perpetuidad de una pena que se opone á la vida conyugal, los justifican y los hacen necesarios.

ARTÍCULO 106

El divorcio sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente.

Análoga era la prescripción del art. 86 de la ley de Junio de 1870, y otras idénticas fueron establecidas en los proyectos de Código de 1851 y 1882, habiéndose inspirado todas ellas en la ley de Partida, que en la 4.ª, tít. 9.º, ley 2.ª, al tratar del departimiento del matrimonio por causa de adulterio, dice: «*por tal razón non los puede otro ninguno acusar, si non ellos mismos, uno á otro.*»

El fundamento de la disposición fácilmente se comprende. Cuando el cónyuge agraviado, que es á quien únicamente toca juzgar de lo que concierne á sus intereses ó á su honra, opta por perdonar y por no dar publicidad alguna á su desgracia, no sería legal ni filosófico dar á personas extrañas una intervención oficiosa en cuestión tan personal y delicada. Además, nadie ignora que es regla de derecho que sólo se otorga la querella al ofendido.

Por otra parte, el precepto evita que el culpable se aproveche de sus mismos actos y se utilice, para lograr una libertad ambicionada, de las prescripciones legales encaminadas precisamente á su castigo.

ARTÍCULO 107

Lo dispuesto en el art. 103 será aplicable á los pleitos de divorcio y á sus incidencias.

Siendo punto por punto aplicable á este artículo lo que sobre el 103 expusimos, á él remitimos al lector, porque otra cosa sería incurrir en una repetición innecesaria.

TITULO V

DE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN

Después de haber expuesto el Código la doctrina legal referente al matrimonio, su constitución y modos de concluir, entra á ocuparse en este título de uno de sus efectos principales, que es también uno de sus primeros fines: la paternidad y filiación.

No debe, sin embargo, considerarse este título como dependiente en absoluto de los que preceden: él de por sí tiene individualidad y valor propio, puesto que las relaciones de paternidad y filiación no sólo se producen en el matrimonio, sino en todas las uniones, lícitas ó ilícitas, de varón y mujer. Por esto debe considerarse fundamentalmente dividido—para los efectos legales y desde el punto de vista del Código—en dos partes: una, que trata de la filiación en el matrimonio, y otra, de la que se produce fuera de éste; partes tan claramente señaladas, cuanto que los derechos y el estado civil que para cada uno se sancionan son muy diferentes en alcance y en consideración jurídica.

Pero aun con esto, no encierra el título toda la materia que su epígrafe naturalmente supone. Las relaciones, los derechos y deberes recíprocos que de la paternidad y filiación nacen, no se hallan estudiados aquí en un solo y unido cuerpo de doctrina. En virtud del plan general adoptado por el Código, hállanse esparcidos en diferentes lugares de éste, todos los cuales será preciso tener en cuenta para apreciar, en la totalidad de sus de-

talles, la consideración que los redactores de la nueva ley han hecho de la paternidad y la filiación. Así, el título de *patria potestad* y el de *alimentos* entran completamente en nuestro asunto, lo mismo que las disposiciones tocantes á la herencia de los descendientes y ascendientes, al consentimiento para el matrimonio, etc. De ellas se trata especialmente en otros lugares de este libro, y basta para nuestro propósito haber aquí recordado la unidad que tienen con la materia de que trata el presente título.

Este se limita propiamente á establecer el modo como se originan las relaciones legales de paternidad y filiación y sus diferentes modificaciones, según la situación respectiva de los sujetos que las producen; por lo cual trata del nacimiento dentro del matrimonio, de la legitimación y del reconocimiento. Claro es que, realmente, sólo hay un hecho que origine á la vez la paternidad y la filiación: la concepción y nacimiento de un hijo, cualquiera que sea el género de relaciones que existan entre los padres. Pero la ley pide que concurran ciertas condiciones en el hecho natural para considerarlo y tenerlo como de derecho; y estas condiciones, precisas para que la ley lo ampare y reconozca, son las que principalmente forman el asunto de este título. Todavía no se agota en él la materia, puesto que la *adopción* es también un modo de producirse los estados respectivos de hijo y padre, aunque no sea un modo natural. El Código, siguiendo el ejemplo de otros, como el francés (al cual censuraba por este motivo Demolombe), trata aparte de la filiación adoptiva; pero lo que en ella se dice ha de tenerse presente para completar la doctrina del título que ahora nos ocupa y apreciar ciertas cuestiones acerca de los hijos ilegítimos, que allí deben estudiarse.

Concretado así el asunto del tít. 5.º, debía el Código atender á dos problemas fundamentales que aquél trae consigo. Es uno el de la filiación legítima, en punto á su determinación, condiciones generales y modo de probarla. El otro se refiere á la filiación de los ilegítimos.

Especialmente en este segundo, se han hallado los redactores del Código ante una doble dificultad. De una parte, los precedentes de la legislación española, ni uniformes, ni siempre justos, aunque arraigados; de otra, la vacilación y crisis que aquella materia sufre al presente, no sólo en las doctrinas científicas, sino en las legislaciones contemporáneas de Europa y América.

En la filiación legítima, la resolución era más fácil por no ser las cuestiones tantas, ni tan discutidas, ni de tanto supuesto peligro en las consecuencias. Pero en la filiación ilegítima luchan dos intereses opuestos, cada uno de los cuales tiene á su favor consideraciones que hasta el presente se han equilibrado en las leyes y en las escuelas.

El conflicto nace, precisamente de plantear así el problema, viendo como antitéticos el interés de los hijos, «inocentes por completo de la culpa de los que le dieron el ser y que reclaman un lugar en la familia, su igualación á los demás hijos legítimos», y el de la sociedad, «que no puede proteger uniones que la moral y la ley rechazan y que socavarían los cimientos de la familia y trastornarían las bases de su existencia» (1).

Nuestro Código adopta este punto de vista, que es el dominante en casi todas las legislaciones modernas, y, por tanto, sus resoluciones habían de tener el eclecticismo que resulta siempre que se plantea una concurrencia de derechos á los cuales se quiere satisfacer con una igualdad perfecta; cosa absolutamente imposible.

Aunque luego hemos de examinar despacio la conclusión aceptada en cada uno de los problemas particulares, bueno será adelantar que nuestro Código figura, entre los contemporáneos, en una situación intermedia que no se aparta mucho de la tradicional, pero que templa el rigor de Códigos como el de Italia, tan censurado por los hombres de ciencia (2). En cambio, queda bastante anticuado en comparación con los Códigos novísimos

---

(1) Llenas y Casals, Ponencia del tema 8.º «Derechos y deberes que nacen de la filiación ilegítima», en el Congreso Jurídico Español de Madrid, 1886.

(2) Cimbali, *La nuova fase del Diritto civile*, Torino, 1885.

como el alemán, y hasta significa en muchos puntos, por lo que toca al beneficio de los ilegítimos, un retroceso frente á nuestro derecho anterior, según hemos de ver más adelante.

En gran parte, el daño viene de la misma ley de bases, á la cual han debido sujetarse en sus líneas fundamentales los redactores del articulado. Y precisamente en la base 4.ª se prohibía casi en absoluto la investigación de la paternidad como facultad del hijo, aunque se admitía de lleno la de la maternidad.

Para juzgar en conjunto, según los principios del llamado derecho natural, la doctrina del Código tocante á la filiación ilegítima, deben tenerse en cuenta las consideraciones que siguen.

Es una verdad evidente y de hecho, que el rigor dirigido contra los hijos producto de uniones ilegítimas, aparte de ser completamente injusto, no tiene la más mínima eficacia para evitarlas. Pruébalo el ejemplo de Francia, cuyo código no es, sin embargo, benigno para aquéllos.

La raíz y origen de estas uniones está más hondo, y pide otros medios de curación. «Nacieron con la humanidad y sólo con ella morirán» (1) Jamás los hombres se detienen en su comisión por el recuerdo de los perjuicios que pueden ocasionar á los hijos que de ellas resulten. Antes al contrario, los espíritus egoistas que rehuyen las cargas de la paternidad, encuentran en el rigor de la ley una ventaja; y los que amando á sus hijos ven la dureza legal que sobre ellos va á recaer, pueden sentirse arrastrados al infanticidio.

La inseguridad y misterio en la relación de paternidad, que se aduce para negar su investigación, no es verdadera, puesto que la misma existe en la paternidad legítima, ni tampoco es cierto que pueda pedirse en ninguna de las relaciones jurídicas una certeza absoluta; antes al contrario, no hay en ellas más que una certeza relativa, en la cual reposa una presunción favorable de la ley.

«Esto sucede, dice con mucha razón Cimbali, aun cuando se

(1) Planas y Casals, *loc. cit.*

trata de establecer el vínculo de filiación natural respecto á la madre, de quien puede decirse absolutamente cierto, á veces, el parto, pero no en igual modo absoluto la identidad entre la persona dada á luz y aquella en cuyo favor declara la ley la filiación» (1). La misma presunción, y salvo prueba en contrario, que rige en la paternidad legítima, debía, pues, valer en la ilegítima respecto á la persona que ha estado en relaciones sexuales con la madre, y esta presunción podía aprovechar al hijo, como así ocurre en algunos países.

Finalmente, hay un principio de derecho cuyo valor es innegable para todo lo que se refiere á la filiación legítima ó ilegítima, y es el de responsabilidad que los padres adquieren con los hijos por el hecho de engendrarlos, principio que Loysel (2) formulaba en la célebre frase *qui fait l'enfant, doit le nourrir;* y, por tanto, allí donde hay un deber es preciso dar todos los medios para hacerlo efectivo, siendo aquel deber y la relación natural de paternidad en que se apoya igual exactamente para todos los hijos naturales.

Bastan estas consideraciones para comprender lo complejo y escabroso de esta materia, una de las más importantes de la ley civil y de las más sujetas á discusión. En nuestros comentarios no pretendemos haber agotado, ni de lejos siquiera, el número de cuestiones á que da lugar, porque esto pediría varios volúmenes. Hemos atendido á las más salientes y de carácter más práctico, ya para la aplicación de la ley, ya para su reforma futura.

---

(1) Obra citada, Parte 2.ª, cap. 4.º, pág. 117.
(2) *Institutions coutumières*, vol. I, lib. 1.º, tít. 1.º, part. 41.

CAPÍTULO PRIMERO

De los hijos legítimos.

ARTÍCULO 108

Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes á su disolución ó á la separación de los cónyuges.

Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

I

Consideraciones preliminares.

Contiene este artículo dos partes perfectamente señaladas por los dos párrafos en que está dividido. Establece en la primera una regla general de presunción acerca de la legitimidad de los hijos, y en la segunda propone, con el carácter de *única*, una prueba en contrario de aquella presunción. Ya veremos luego si es completamente exacto lo que aquí dice el Código.

El sentido general de ambos párrafos concuerda con la tradición legislativa desde el Derecho justinianeo, especialmente con la de nuestra patria, y, en gran parte, con los códigos extranjeros. La fórmula en que se condensa esta concordancia es el principio romano que dice *Pater est quem nuptiae demostrant*, cuya relación con la legitimidad del hijo, abstracción hecha de todo vínculo de potestad por parte del padre, puso en claro, de una vez para siempre, Savigny. Esta regla ha sido aceptada

por todas las legislaciones posteriores, aunque no en todas se halla manifiesta con igual claridad, sino que la distinta redacción dada en cada una á los preceptos referentes á este caso, las aparta ó acerca, más ó menos, á la expresión absoluta de aquélla. Así, el Código alemán, el suizo y el derecho común ruso la trasladan casi literalmente, al decir que el hijo es legítimo *si nace ó es concebido dentro del matrimonio*, ó sea que el padre del nacido de mujer casada es el marido de ésta, sea cual fuere la época del nacimiento, á menos que se pruebe luego alguna de las excepciones, poco diferentes de las de nuestro Código que limitan lo absoluto de aquel principio Nuestro Código ha preferido establecer la regla con carácter de presunción—que es, en último resultado, el que manifiestamente tiene en el espíritu de todas las legislaciones—, presentándola limitada, con algunas circunstancias que reducen mucho la fórmula literal del derecho romano, puesto que ya no *es padre legítimo el casado con la madre, sino cuando el nacimiento se verifica dentro de cierto plazo.* En esta forma, el artículo que comentamos es transcripción literal del 56 de la ley de Matrimonio civil, y concuerda concretamente con la ley 4.ª, tít. 23, de la Partida 4.ª, y con los Códigos de Portugal, Italia, Méjico, Uruguay y otros. Respecto á concordancias y diferencias de pormenor, ya las examinaremos más adelante en sus lugares respectivos.

Vengamos ahora á estudiar separadamente cada uno de los dos párrafos del artículo.

II

Presunción de legitimidad.

El legislador no ha querido establecer aquí sino una *presunción* de derecho, cuyas condiciones menciona concretamente. Por esto el alcance del presente párrafo no puede determinarse bien sin ponerlo en relación con otros artículos del mismo capítulo, para ver, sobre todo, la fuerza que tiene la presunción declarada.

El criterio que ha guiado para establecerla no es otro que el de la viabilidad del nacido. Aun cuando por la determinación de días pudiera creerse que el Código se refiere puramente á la época de la concepción, no es así en realidad, puesto que el punto de partida no lo tiene en el día del nacimiento, sino en el de la celebración ó disolución del matrimonio ó de la separación de los cónyugés.

El razonamiento del legislador ha sido conforme á los textos romanos (Ulpiano, Digesto, ley 3.ª, tít. 16, libro 38), que copia el de las Partidas en esta forma: «Ipocras fué un filósofo en arte de la física, e dijo que lo más que la muger preñada puede traer la criatura en el vientre son diez meses... Otrosí dijo este filósofo que la criatura que nasciesse fasta en los siete meses, que sólo que tenga su nacimiento un dia del seteno mes, que es complida y vividera»; por tanto, en uno y otro caso *ha podido* ser, naturalmente, engendrada por el marido.

Ahora bien; la presunción no tiene valor ninguno científico desde el momento que la *viabilidad* no basta para deducir el tiempo de la concepción; y no es, pues, por sí sola criterio de legitimidad La discusión entablada sobre este punto entre los médicos y los juristas es bien antigua, y puede decirse que no ha avanzado un paso, no obstante los progresos de la ciencia. Proponía el Sr. Mata en su *Medicina legal* la negación de subsistencia á la presunción citada, afirmando que un feto puede ser viable y no legítimo, legítimo y no viable, ó á la vez ambas cosas, ó ninguna de ellas. En prueba de esto añadía: «Un marido rechaza á un hijo; no le quiere reconocer por suyo porque sólo lleva de casamiento seis meses, y la mujer le pare un hijo cuyo desarrollo es de todo tiempo, como declaran los facultativos. Otro marido rechaza al hijo que le pare su mujer á los nueve meses de matrimonio. El feto tiene un desarrollo de cuatro meses, y el marido hace seis que falta de la casa. El que sea viable en el primer ejemplo y no viable en el segundo, ¿es prenda segura de la legitimidad del hijo?» Claro que no, puesto que el supuesto padre no pudo engendrarlo, á lo menos en matrimonio por lo que toca

el primer caso. Opónese á esto que se promoverían grandes escándalos «si un marido suspicaz pudiera rechazar un hijo alegando que su desarrollo no correspondía á la época del casamiento ó al de la última cópula» (1). No vemos la razón.

Si puede determinarse, y así lo hacen suponer los estudios de embriología y embriogenia modernos (2), el tiempo de desarrollo del feto, ¿por qué ha de desaprovecharse en la legislación este auxilio de la ciencia que conduciría á una más estricta justicia? El Código no ha tomado partido en esta contienda, sino un punto de vista que evita en cierto modo la cuestión. Con él, pretende satisfacer las exigencias que comunmente se suponen naturales en una ley, sin que por ello, ni por las excepciones contenidas en otros artículos que luego veremos, pueda decirse que ha salido de aquella razón vaga y poco satisfactoria con que ya hace más de medio siglo defendía Savigny la regla de derecho romano, diciendo: «No es este el lugar de examinar si las leyes fisiológicas en que descansa esta presunción han sido bien observadas; pero es necesario reconocer el beneficio de una regla que aleja la arbitrariedad de los juicios individuales, cuando consultando las obras teóricas y las decisiones de las facultades de medicina se ve cuáles son en esta materia las incertidumbres y las contradicciones de los fisiólogos, del mismo modo también que la prudencia de la latitud concedida. Es evidente que bajo su protección puede más de un hijo ilegítimo usurpar los derechos de la legitimidad; pero la injusticia opuesta sería aún más de temer todavía» (3). Savigny se refiere á las dudas acerca de si los nacidos antes de los siete meses son siempre incapaces de vivir, citando casos en que fueron

---

(1) Gutiérrez, *Códigos españoles*, I, pág 378

(2) Consúltense, en efecto, los trabajos de Tardieu, Dubois, Letourneau y otros, resumidos por el primero en una *Tabla indicadora de los caracteres del feto en las diferentes edades de la vida intra uterina* Se ha publicado en el *Etude medico légale sur l'infanticide* (París, 1868), y en ella se consideran la talla y peso del cuerpo, el estado del tegumento externo y el grado de osificación, comprendiendo estos dos últimos grupos muchos pormenores.

(3) *Sistema del Derecho romano actual,* I, Apénd. 3.°

viables de hecho fetos de seis meses. La cuestión, pues, es otra que la nuestra, y el elogio es directo á la fijación de plazos de ciento ochenta días y de trescientos, como límites de la presunción de legitimidad, «para prevenir la incertidumbre de los juicios individuales».

Respecto á los límites extremos del embarazo, es cierto que no se ha llegado á determinar una regla fija, pero es porque no la hay en la realidad; y por tanto, la del Código, como la de derecho romano, no tienen más que un valor conjetural.

Por lo que toca á los nacimientos precoces hay menos duda, afirmándose por lo común que no hay un parto viable antes de los ciento ochenta días; pero á veces el embarazo se prolonga hasta los trescientos trece (Ahlfeld) ó trescientos veinte (Schröder) El término medio, según Legrand du Saulle, es desde los doscientos setenta y cinco á los trescientos, sin dar más valor á estas cifras que las de puro término medio. Como en igual caso de vaguedad está, pues, toda regla absoluta de los científicos y la que el Código acepta, nos inclinaríamos siempre á tomar por base el estado de desarrollo del feto comparado con la fecha del matrimonio, caso de oposición á la legitimidad Los plazos legales no son en todos los Códigos los mismos; el de Alemania establece los de ciento ochenta y uno y trescientos dos días.

Vengamos ahora á la explicación de los términos usados por el legislador en el presente párrafo.

Se presumirán hijos legítimos.—El Código, usando un lenguaje menos absoluto bue el de las Partidas, establece la legitimidad de los hijos nacidos en los plazos que marca, como una presunción de las que admiten prueba en contrario. Esta prueba se menciona en el segundo párrafo del art. 108. Siempre, pues, que no se use de los medios concedidos para impugnar la presunción, ésta hace estado y vale como una afirmación completa. En su virtud, también son *ilegítimos* los nacidos antes de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, como los nacidos después de trescientos días de la disolución ó separación. Esta consecuencia tiene igualmente carácter presuntivo, puesto que

puede deshacerse en virtud de los medios establecidos para el primer caso en el art. 110, y sin duda para el segundo en el 111, aunque la redacción de este artículo no guarda la debida congruencia con el 108. Adviértase de todos modos, que las pruebas que se admitan contra ambas presunciones son, ó de un carácter meramente privado, como en el art. 110 en que no se pide más que una conformidad no razonada del marido, ó dirigidas á desvanecer la prueba que se concede á éste en el párrafo 2.° del artículo que comentamos. En realidad, como veremos luego más despacio, la presunción de ilegitimidad que se deja entrever para los nacidos fuera de las condiciones del art. 108, no tiene por sí fuerza alguna, puesto que el sentido del Código se dirige á no darle valor si alguien de los autorizados legalmente no la oponen, probando los hechos en que se apoya; con lo cual, si contradice algo la intención que parece dictar las palabras del párrafo que ahora nos ocupa, cede en favor de los hijos, entregando la cuestión al interés meramente privado en vez de hacerla de interés público que exigiría mayor rigor. Volveremos á discutir más en detalle esta indecisión del Código.

..., *los nacidos* ...—Aclaraba la ley de Matrimonio civil este concepto de *nacidos* en su art. 60 perteneciente á esta sección, disponiendo que para los efectos civiles no se reputara nacido al feto que no tuviere figura humana y viviese veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Parecía así que la filiación quedaba sujeta á estas condiciones, y lo mismo semejaba decir el proyecto de 1851. El Código ha resuelto la cuestión llevando este artículo á la doctrina general de las personas naturales, donde se exige el *nacimiento* en aquella forma para que tenga efectos civiles, distinguiendo así de ellos la filiación legítima ó ilegítima, que es una relación de otro género y de la cual se trata especialmente en el capítulo que comentamos.

La reflexión, pues, del Sr. Goyena, que con aplicación á este punto y para justificar lo dispuesto en el citado proyecto preguntaba qué interés ha de haber en desconocer el hijo que nace muerto, no es aquí pertinente, sino en la teoría de las personas y con

relación al momento en que éstas adquieren derechos válidos ante la sociedad, y por tanto, con referencia á los efectos civiles del nacimiento, de los cuales se distingue el puro hecho de la filiación.

... ciento ochenta días siguientes... trescientos días siguientes ... Dos cuestiones se ofrecen en punto al alcance de estas frases:

1.ª ¿Cómo se han de contar esos plazos? Con referencia al Código de Napoleón se ha discutido mucho si debían contarse día á día ó por horas, ayudando á la confusión el modo de estar redactado el artículo correspondiente, el cual suscitaba dudas respecto á si debía computarse el *dies á quo*. Demolombe, con Zachariä y otros autores, optaba por el cómputo de días completos, mientras que Laurent, con gran razón, á nuestro entender, desde el punto de vista de la ley francesa y distinguiendo perfectamente entre el cómputo de la prescripción y el que debe aplicarse á la filiación, se pronunciaba completamente por el criterio de horas, partiendo de la fijada en el acto del matrimonio, desde cuyo momento (que es el de celebración del matrimonio) la concepción *es posible*; ó en la disolución ó separación, que es fácil averiguar.

Gracias á la redacción del art. 108, entendemos que esta cuestión no surge en nuestro Código; puesto que claramente se dice que los días han de ser *los siguientes al de la celebración, á la disolución ó separación*. Por tanto, se desprecia la fracción de día, que á veces puede ser muy considerable (cuando el matrimonio se celebra muy temprano), cálculo que cede en favor de la legitimidad del hijo, puesto que añade á los ciento ochenta días uno más, el del matrimonio; y así es legítimo en rigor el nacido el día *ciento ochenta y uno* de matrimonio, ya que el día en que nace ha de ser el siguiente al ciento ochenta enteramente transcurrido.

En el otro caso, el hijo ha de nacer *antes* de los trescientos días, es decir, antes de haber transcurrido totalmente el trescientos (como se confirma en el art. 111), pero no importa que sea en este mismo. Y aunque no se contara, suponiendo que el

hijo ha de nacer, para ser considerado legítimo, desde el día primero después de la disolución ó separación hasta las doce de la noche del doscientos noventa y nueve, como no se cuenta el mismo día de la disolución ó separación, en el cual, según la hora en que se hayan verificado aquéllas y la causa que las motivó, puede ó no haber sido engendrado el hijo, resultan trescientos días completos.

En cuanto á la palabra *día*, debe aplicársele la acepción que comunmente tiene en derecho, es decir, *días naturales* de veinticuatro horas, según declaró con referencia al art. 303 de la ley de Enjuiciamiento civil una sentencia del Tribunal Supremo fecha 12 de Diciembre de 1861, y según terminantemente dispone ahora el art. 7.º del Código.

2.ª Conjuntamente hemos resuelto la segunda cuestión referente á *desde* cuando han de contarse los plazos. Claramente indica el artículo que desde el día siguiente al de la *celebración, disolución* ó *separación*. Mas la dificultad surge de nuevo cuando se trata de aquilatar el verdadero sentido de estas palabras, originando nuevas cuestiones, que examinaremos sucesivamente.

... *días siguientes al de la celebración del matrimonio.*—¿Qué sentido tiene aquí la palabra *celebración?* Dada la subsistencia del matrimonio canónico independiente de la inscripción en el Registro civil, ¿indica la *celebración* el acto en que realmente se verifica en la iglesia, ó el momento en que consta en el Registro? La cuestión, como observa muy bien el comentarista señor Navarro Amandi, tiene gran importancia, porque según una estadística leída en el Senado por el Sr. Silvela, de 124.000 matrimonios canónicos celebrados anualmente en España, 14 000 no se inscribían en los Registros civiles, fenómeno que el Código, á pesar de sus terminantes disposiciones, no puede evitar en absoluto. Téngase en cuenta que literalmente la palabra *celebración* no puede traducirse más que en un sentido, y que éste no puede ser equivalente del de *inscripción*, excepto en los matrimonios puramente civiles, en que ésta se deriva inmediata y conjuntamente de aquélla.

La intención del Código parece así muy manifiesta y continuadora del sentido general con que aparta el hecho de la filiación legítima ó ilegítima de las consecuencias que respecto de los bienes y de terceras personas puede tener. En su virtud, los hijos nacidos de matrimonio legalmente celebrado ante la iglesia ó ante el juez, son *legítimos*, aunque la inscripción en el Registro no se verifique La falta de esta formalidad no influye más que sobre los efectos civiles de la filiación misma, y para ello sólo tienen aplicación los arts. 77 y 79.

Los redactores del Código se han mostrado con esto más considerados con los hijos que la legislación anterior, en la cual se puede citar la Real orden de 11 de Enero de 1872, que interpretaba las disposiciones de la ley de Matrimonio civil y la del Registro, contestando á la consulta elevada respecto «á la manera con que han de inscribirse los hijos nacidos de matrimonio solamente canónico, contraído con posterioridad á la vigente ley del Registro», que debían inscribirse *bajo la denominación de hijos naturales*. El Código, repetimos, distingue la cuestión concreta de filiación, que es la que aquí se trata, de la de sus efectos civiles y subordina la primera al hecho de haberse celebrado el matrimonio, dejando la segunda, como de otro orden, para ser tratada diferentemente.

... *separación de los cónyuges.*—¿A cuál separación se refiere aquí el Código, á la provisional ó á la definitiva? El art. 111 que trata del mismo caso, dice separación legal efectiva. Ahora bien: *legales* son las dos mencionadas, y *efectiva* quiere decir tanto como *real*, *no supuesta*. Por tanto, no es dudoso que el Código se refiere aquí á toda separación que suspende ó concluye la vida matrimonial, con sólo que se haga mediante las solemnidades de la ley y con la intervención judicial competente: el proyecto de 1851 con mayor claridad se refería, conforme á nuestra interpretación, al momento en que «judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación definitiva ó provisional». No vale, pues la separación acordada privadamente por los cónyuges, aunque realmente se haya efectuado; si bien entendemos que el

marido podrá siempre, caso de ocurrir luego el nacimiento de un hijo, oponerse á la legitimidad probando la separación que impedía de hecho toda cohabitación con la mujer; así como ésta tendrá derecho á probar para el efecto de la legitimidad del que naciere, que durante la separación provisional ha tenido cohabitación con su marido.

La reconciliación de dos cónyuges separados ó divorciados *legal* y *efectivamente* tiene de hecho fuerza igual que la celebración del matrimonio; y por tanto, los plazos referentes á la legitimidad de los hijos serán los mismos, á partir del día en que los cónyuges hayan puesto en conocimiento del tribunal que entienda ó haya entendido en el divorcio, el hecho de la reconciliación. Así lo exige el art. 74 del Código, que es el equivalente al 89 de la ley de Matrimonio civil. Si no se hace esta notificación, parece que los efectos del divorcio siguen ante la ley; pero los cónyuges pueden recurrir á los medios de prueba ordinarios para probar la reconciliación efectiva, y, por tanto, la legitimidad de los hijos.

III

Prueba contra la presunción.

A la presunción de legitimidad establecida en el párrafo 1.º, opone el Código, en este segundo, una sola y taxativa prueba, á saber: «la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento del hijo». Concuerda así en el fondo con la ley romana y con los códigos extranjeros modernos; pero no es tan explícito como aquélla y algunos de éstos cuando se trata de fijar el alcance de las palabras *imposibilidad física*, ó sea las causas que legalmente las producen. Así la ley 6.ª, título 6.º, libro 10 del Digesto, manifiestamente habla de la *impotencia*, aunque sin distinguir entre natural é incidental, de la *ausencia* y de la *enfermedad;* declarando luego que hay *justa causa*, pero sin nombrarla. Las Partidas se refieren también á la *impotencia*

natural y ocasional anterior y posterior al matrimonio (tít. 8.º, Partida 4.ª) y á la *ausencia* (ley 9.ª, tít. 14, Partida 3.ª).

El silencio del Código autoriza á una amplía interpretación respecto á este punto; incluyendo en las causas de imposibilidad de acceso los hechos todos que puedan producirla y que deberán probarse en la forma ordinaria.

Lo más frecuente y natural será sin duda la *ausencia*. ¿En qué condiciones? Nuestras leyes no dan precedente alguno, y esto llevó á decir á Goyena en sus *Comentarios*, que «no puede excluirse el arbitrio judicial para apreciar, según las circunstancias, en el caso de ausencia, si ésta ha constituído ó no la imposibilidad física del acceso». Pero manifiestamente la ausencia ha de ser continuada y en el tiempo que corresponda á la concepción y período inicial de la vida intrauterina del feto, sin que sea preciso que la ausencia se cumpla en sitio muy apartado del en que vive la mujer.

La *impotencia* es otra causa que de un modo absoluto impide el acceso. El proyecto de 1851 colocaba en este lugar un artículo en que aclaraba el concepto, negando al marido la alegación de la impotencia anterior al matrimonio. Lo mismo hace el Código Napoleón, apoyándose en razones más románticas que jurídicas y que el Sr. García Goyena resume al decir que en este caso «el hombre debe soportar todas las cargas de la paternidad, pues que temerariamente ha afectado ser capaz de ella, y devorar la vergüenza de cargar con un hijo que puede no ser suyo, pero que él ha tenido la fraudulenta audacia de prometer á su mujer y á la sociedad». Claro es que aun este razonamiento no se puede referir más que al caso en que el marido conociese su impotencia, lo cual, según la experiencia médica, puede no ocurrir siempre (1); y, por tanto, no hay siempre fraude.

---

(1) Véanse las causas naturales, accidentales y patológicas de la impotencia en los tratados de medicina legal. Hay algunas, como la ausencia de testículos, casi imposible de probar aun por los médicos, cuando no procede de castración y otras dudosas, en cuya apreciación, contraria á la impotencia, no siempre habrá fraude por parte del marido.

Con razón dice Saulle, siguiendo á Demolombe y á Vallette en el comentario de las disposiciones del Código Napoleón, que «si bien es verdad que la mujer á quien su marido ha ocultado la impotencia ha sido víctima de un engaño, lo cual le autoriza á pedir la nulidad del matrimonio, no es menos cierto que la falta del marido no la concede el raro privilegio de tener hijos legítimos que realmente son adulterinos, y de imponer así, á manera de castigo, á su marido la paternidad de ellos». Con mucha razón puede esto decirse cuando no ha habido ocultación imputable al hombre.

Enlázase esto con las causas de nulidad, en que figura «la impotencia física... con anterioridad á la celebración del matrimonio» (número 1.º del art. 101, en relación con el número 3.º del 83); mas para eludir la dificultad que esto produciría en los casos de que hablamos, haciendo *nulos* matrimonios que realmente no lo son en la intención de los contrayentes, declara que la impotencia ha de ser *patente*, *perpetua* é *incurable*, excluyendo, pues, la primera condición á la proveniente de edad, por ser tan vario, según los individuos, el tiempo en que aquélla se produce (1).

La cuestión de la impotencia anterior no tiene dificultad ninguna para la legimidad de los hijos, una vez que el Código vigente no acepta la prohibición establecida en el proyecto de 1851, porque siendo aquélla una causa de nulidad del matrimonio, y aunque el art. 69 dice que la declaración de ésta no dañará á los hijos, no hay duda de que en tal caso sí que los afecta y los hace ilegítimos, puesto que la ley no puede admitir el absurdo de que probada la imposibilidad física de la procreación, se siga suponiendo padre al impotente. Por otra parte, el Códi-

(1) Un matrimonio contraído entre un viejo y una joven, siendo para ésta conocida la impotencia del marido y consentida, porque no se busca con el matrimonio la procreación, es perfectamente válido. ¿Podría haber oposición á que se celebrase, denunciando un tercero el impedimento de impotencia del marido, caso de existir efectivamente y de modo que se probara? Parece indudable, pero una vez efectuado, la prueba de impotencia anterior por vejez es inadmisible. Véase el art. 102, párrafo segundo.

go, al callar sobre este punto dejando sin cualificación la *imposibilidad física* de que habla, admite sin duda la producida por impotencia anterior al matrimonio. Podrá, pues, invocarla el marido, y se seguirá también la nulidad de aquel acto.

La impotencia posterior al matrimonio, sea ó no accidental ú ocasional, siempre podrá alegarse, sin que *à priori* se puedan fijar las causas que la pueden producir, ya por enfermedad grave y larga (*infirmitate interveniente* del Digesto), ya por herida ó mutilación, según explica la ley 4.ª, tít. 8.º de la Partida 4.ª, citando varios casos.

Suprimiendo nuestro Código la enumeración de estas causas, ha suprimido también la cuestión á que daba lugar la palabra *accidente* usada por el Código francés (art. 312), puesto que unos (Toullier, Vallete, Demolombe) creían que esta palabra no podía referirse á una enfermedad interior, sino sólo á una impotencia material (castración ó falta de la verga á consecuencia de una operación), mientras otros más acertadamente y siguiendo las declaraciones del tribuno Duveyrier, suponen que se refiere también el Código al caso de una enfermedad grave y larga. Así opinan Duranton, Aubry Rau y Saulle. ¿No sería injusto, en verdad, dicen, negar al marido que ha recobrado la salud la acción de desconocimiento de un hijo concebido y nacido durante el matrimonio, cuando es evidente para todo el mundo que durante el tiempo legal de la concepción no ha podido cohabitar con su mujer? Nuestro Código sigue acertadamente este criterio.

Otra causa de imposibilidad de acceso mencionan los autores, y se ha discutido mucho desde los comentarios del Código Napoleón: es el encierro en cárcel é incomunicación, que teóricamente, según las leyes penales y procesales, debe tenerse por absoluta, y como obstáculo, por tanto, mientras dure, para el acceso. Mas la experiencia de las corruptelas carcelarias y de la inmoralidad y abusos en la administración de los presidios, dice bien claramente que esta presunción teórica no responde siempre á un hecho real; y fundándose en ello varios autores, entre ellos nues-

tro García Goyena, dicen que «el juez debe ser muy cauto y escrupuloso en admitir la imposibilidad por esta sola causa», ya que puede haberse efectuado el acceso «ganando al alcaide». Nos parece bien la cautela; pero en la práctica ha de ser casi siempre imposible probar lo contrario, estando como están interesados en negar el hecho los mismos que lo facilitaron, y cuya declaración adquiere harta fuerza en juicio, por lo común. Sin embargo, alguna vez podrá probarse el hecho de la cohabitación.

¿Pueden admitirse otras pruebas de la no paternidad del marido? – El precepto del Código es terminante en este punto y la razón bien conocida: el deseo de no promover cuestiones dudosas en un asunto que, dadas nuestras ideas sociales, incita siempre al escándalo. Mas no hay duda que pudieran fijarse otras pruebas entre las cuales la de raza tiene gran pertinencia para las naciones que poseen colonias. Por esto observaba muy bien un comentarista, en la época de la publicación de nuestro Código, en que aún teníamos colonias, que debiendo extenderse el nuevo cuerpo legal «á territorios en que hay millares de negros y millones de indios», ¿cómo no se ha pensado «que el precepto de la ley puede estar muchas veces en oposición con la evidencia de los hechos?»

En el mismo sentido se expresa Demolombe, citando el caso en que la mujer blanca de un marido blanco, convencida de adulterio con un negro, pariese un mulato. «Accusabatur matrona quod *æthiopem* peperisset», dice el comentarista, citando á Mornac. Y añade: «¿No estaría entonces escrita la ilegitimidad sobre la misma piel del niño *in cute?*; y por mucho que dijesen los médicos y los jurisconsultos acerca de la influencia de los objetos exteriores sobre la imaginación de la madre durante su embarazo, y por tanto, sobre la persona del hijo, nadie seguramente dudaría que éste no había sido engendrado por el marido». Nuestro Código, como veremos, rechaza toda presunción de ilegitimidad para el hijo si cumple el nacimiento con las condiciones del párrafo 1.º del art. 108, aunque la madre hubiese sido condenada en adulterio, por lo cual el caso de Demolombe

no tiene valor. ¿Pero no es justo pensar que aunque no exista el incidente del adulterio probado, la raza del hijo en relación con la de los padres debía ser prueba de su condición en la familia?

Menos fuerza tiene la del parecido físico, porque salvo la muy probable dificultad de apreciarlo en los dos primeros meses, está la variación de las leyes naturales, en que las degeneraciones, el atavismo, etc., destruyen la regla general de que el hijo se parezca al padre. La falta, pues, de parecido (contando también los casos en que el hijo se parezca á la madre, respecto á la cual no hay cuestión), no podrá nunca ser tomada por causa de excepción. Pero sí lo es en la conciencia popular, repetidas veces, el parecido ó identidad de rasgos con un tercero que la opinión presume como amante de la madre; y he aquí un caso en que la ley estará en desacuerdo con la apreciación general de los hechos, habiendo quizá de consentir una injusticia que ella no alcanza á impedir.

¿Quién puede alegar la prueba de imposibilidad física?—No lo dice el Código en este artículo; pero su silencio, comparado con la declaración de que pueden intervenir el marido y los herederos para *desconocer* la legitimidad del nacido después de trescientos días (art. 111), y los herederos también (art. 112) para *impugnar* esta presunción, hacen presumir que éstos y aquél podrán alegar la mencionada prueba, aunque los herederos habrán de sujetarse á las condiciones del artículo últimamente citado. Tal ha sido la mente de los redactores del Código.

Período en queha de concurrir la imposibilidad física.—En los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo, dice el artículo. En efecto: descontando ciento veinte días, quedan sólo ciento ochenta para el nacimiento, que ocurrido en ese plazo cae fuera de la presunción de legitimidad, puesto que no fué posible la concepción después del día ciento veinte, si no antes, cuando no era factible la cohabitación del marido.

Hasta aquí lo concerniente á las pruebas contra la presunta

legitimidad del hijo nacido en las condiciones que señala el párrafo primero del art. 108.

Convendría completar la doctrina con la indicación de las pruebas en contra de la presunción de ilegitimidad que del mismo pasaje parece inducirse respecto á los nacidos antes de los ciento ochenta días ó después de los trescientos. Concretamente hace referencia á ellos, pero sólo por lo que toca á este último plazo, el art. 111. En general, se podría tal vez deducir del segundo párrafo del art 108 que podrán emplearse para el primer caso todas aquellas que conduzcan á probar que hubo acceso entre marido y mujer antes del matrimonio y en tiempo natural para que el nacido se considere hijo del marido. Mas este caso es ilusorio, porque el casamiento posterior hace suponer que se quiere hacer legítimo al concebido, como lo presume la ley siempre que concurre alguna de las circunstancias determinadas en el art. 110 Pero también á la madre debieran concederse medios de prueba para contestar á la presunta ilegitimidad del nacido antes de los ciento ochenta días, y esto por las razones que más arriba hemos expuesto. Y que no procedemos aquí por mera teoría sin precedentes legales, lo prueba el Código austriaco, el cual concede aquella defensa á la madre, al decir en su art. 157: «La legitimidad de un nacido prematura ó tardíamente, legalmente rechazada, no pueden probarla más que las gentes de profesión (los médicos), que después de un detenido examen del estado del niño y de la madre, indicarán claramente la causa de este caso extraordinario.» Se da así entrada al examen pericial, que no es infalible sin duda, pero que en muchos casos, logrará evitar una injusticia con un conocimiento especial de los casos concretos, librando á un nacido de la nota de ilegitimidad y á la madre de la vergüenza que tal declaración trae aparejada.

Volveremos sobre esto al tratar del art. 111.

ARTÍCULO 109

El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad ó hubiese sido condenada como adúltera.

Comprende este artículo dos partes: una, por la que se niega valor á la confesión de la mujer en contra de la legitimidad del hijo que, según las condiciones exigidas por el artículo precedente, sea legítimo ante la ley; y otra, en que se hace lo propio con la prueba llamada de imposibilidad moral, esto es, la mediación de un adulterio con la presencia en casa del marido, de modo que el hijo se le pueda atribuir.

En ambas disposiciones concuerda el artículo con el 97 de la ley de Matrimonio civil, del cual es copia, y con los precedentes de derecho romano; y en la segunda, de modo especial, con la ley 9.ª, tít. 14, Partida 3.ª El proyecto de 1851 también sostenía lo mismo en su art. 102.

La razón de esta negativa es en gran parte de garantía á favor de los hijos, cuyo estado no debe quedar á merced de las pasiones de los padres; y así decía la exposición de motivos de la ley de Matrimonio civil, que tiende á evitar el peligro de que el marido ofendido en su honra, esto es, sabedor del adulterio, pudiese arrancar de la mujer culpable, por la coacción, una confesión que tal vez no tuviera de verdad más que el reconocimiento de la falta cometida; y por lo que toca á la mujer, la ley de Partida citada, dice expresivamente: «Ensáñanse las mujeres á las vegadas tan fuertemente, que por despecho que han de sus mari los dicen que los fijos que tienen en los vientres ó que son nascidos, que no son dellos, mas si de otros. E en tal caso como este decimos que si pudiese ser prouado por los vecinos de aquel logar que el fijo de alguna mujer que dixesse tales palabras como sobredichas son, naciera de ella seyendo casada con aquel marido, é non auiendo el marido estado alongado della tanto tiempo que pudiessen verdaderamente sospechar segund

natura que el fijo fuera de otri, por tales palabras que el padre ó la madre dixessen, non deue el fijo ser deseredado nin le empece en ninguna manera.»

Pero hay otra razón más poderosa que obliga á rechazar la prueba de confesión ó adulterio probado, y es que el momento de la concepción no se puede determinar cuando una mujer cohabita en una misma época con dos hombres, ni puede ella misma conocer cuál de ellos engendró al hijo, que bien pudiera ser del padre; aunque dadas las condiciones morales que facilitan la concepción y casi la provocan, lo más verosímil será que corresponda al amante y no al marido (1). Cítase á este propósito la frase retórica de Preameneu que, defendiendo la misma disposición con referencia al Código francés, decía: *La femme peut avoir été coupable sans que le flambeau de l'hyménée fût encore éteint.*

La ley debe contentarse con esta razón general, impotente como es para investigar el problema y para calmar la incertidumbre que siempre queda al marido de la adúltera.

Teniendo esto en cuenta, sin duda, el Código francés y algún otro admiten que el padre pueda desconocer la legitimidad del hijo por causa de adulterio «en el caso en que se le haya ocultado el nacimiento» (art. 113), lo cual es una presunción de ilegitimidad, aunque no bastante para deshacer la misma imposibilidad en que se halla la madre de decidir sobre la filiación. Para este caso, podrá el marido «proponer *todas las pruebas* que tengan por objeto justificar que él no es el padre».

ARTÍCULO 110

Se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, si concurriere alguna de estas circunstancias:

(1) Sabido es, según los datos de la fisiología moderna, que así como hay mujeres que llegan á estar embarazadas sin haberse dado cuenta de ello por no experimentar sensación en el coito en las normales, la ilusión y el amor hacia el hombre con quien tienen acceso las predispone más á la concepción que la indiferencia, no obstante ser iguales en ambos casos los elementos físicos del acto.

1.ª Haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer.

2.ª Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado á luz.

3.ª Haberlo reconocido como suyo expresa ó tácitamente.

I

Consideraciones generales.

La redacción del párrafo primero de este artículo tiene gran importancia para el planteamiento y resolución de las cuestiones que pueden suscitarse, y para fijar bien, relacionándolo con otros artículos, el verdadero espíritu del Código en esta materia.

El art. 58 de la ley de Matrimonio civil, de la cual procede, está redactado del mismo modo; mas no así el 104 del proyecto de 1851, que decía: «El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio», á no mediar cualquiera de los tres hechos que pone también el Código vigente. Ofrecía así el artículo del proyecto una evidente contradicción con la regla general formulada en el 101 (108 del Código) para la presunción de legitimidad. De ella, en efecto, se deduce lógicamente que la presunción de *legitimidad* vale y sólo puede alegarse respecto de los nacidos en las condiciones que señala el párrafo primero; y que todos los demás son presuntos *ilegítimos*, á menos que se emplee cualquiera de los remedios que autorizan hoy los artículos 110 y 111. Esta redacción era justificada en el 314 del Código Napoleón, que dice: «Al hijo nacido antes de los seis meses posteriores al matrimonio, no podrá el marido denegar su paternidad, etc...», porque así constituye una excepción del 312 en que se da derecho á desconocer á los hijos nacidos en ciertas condiciones análogas á las que se refiere nuestro artículo 108;

mas no tenía igual justificación en el tono general del citado proyecto.

Por eso el Código vigente ha adoptado otra forma que lo enlaza mejor con el art. 108, á cuya presunción de legitimidad legal añade otra nueva en los casos que dice expresamente. Con esto, á la vez, ha suprimido muchas cuestiones que suscitaba el art. 104 del proyecto de 1851 y también el 314 del Código Napoleón. La más grave de todas se refería á la condición del hijo exceptuado por actos del padre de la presunción de no legitimidad que acompaña al nacido antes de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio; porque según se le considere como *legítimo* ó como *legitimado* mediante el matrimonio y el consentimiento tácito ó expreso del marido, así las consecuencias á que llegaba el Código variaban mucho, cabiendo en el segundo caso discutir la licitud de los así *legitimados* por haber sido concebidos antes del matrimonio, cuando esta concepción fué hecha ilícitamente por los padres.

Nuestro Código elude la cuestión, diciendo expresamente que es *legítimo* cuando concurren algunos de los hechos del padre aquí mencionados; y decimos que es *legítimo*, porque aunque el artículo hable sólo de *presunción*, como á ella únicamente puede oponerse el marido, el cual renuncia con sus actos á este derecho, lo presunto queda absolutamente afirmado con certeza legal. ¿Podría alegarse que la palabra *presunción* permite aquí, aun mediando el asentimiento del marido á la *legitimidad*, expreso en los actos de que se habla luego, la oposición de tercera persona? No, sin duda. La presunción es valedera y no admite prueba en contrario, como se ve por la ley misma que no la establece en ninguno de sus artículos.

Por lo mismo debe entenderse que el art. 110 suprime la cuestión, que todavía preocupa á un comentarista reciente de si el nacido antes de los ciento ochenta días se presumirá legítimo mientras el padre no se oponga á la legitimidad. Mejor puesta estaría la cuestión con referencia al art. 111, como veremos; pero en éste sólo, y en su concordancia con el 108, no hay duda

que el hijo nacido antes de aquel plazo es presunto *ilegítimo*, sin que al padre le quepa hacer más que estas dos cosas: ó destruir la presunción con alguno de los actos de reconocimiento que indica el art. 110, ó probar simplemente el hecho de que el hijo ha nacido antes de los ciento ochenta días, probado el cual, sin pasar más adelante, el hijo es declarado ilegítimo por la ley.

Fuera de estos dos extremos, no cabe ninguna situación intermedia, porque aun el silencio del marido, prolongado más allá del plazo de dos meses que fija la ley para la impugnación, se reputa como un reconocimiento tácito. De modo que el hijo ó es francamente rechazado, para lo cual tiene el marido el apoyo de la ley que entonces da fuerza á su presunción, ó se produce cualquiera de los actos que menciona este artículo y en virtud de los cuales, por expresa concesión, el hijo se presume *legítimo*, como si hubiera nacido después de los ciento ochenta días.

Sería también lógico, dado el carácter de presunción que al parecer da el Código á la ilegitimidad de los no nacidos en la forma que expresa el párrafo primero del art. 108, que así como para destruir la presunción de legitimidad concede al padre medios de prueba (párrafo segundo), los concediera también á la madre para destruir la presunción de *ilegitimidad* del nacido antes de los ciento ochenta días, caso de alegarla el marido. Pero no concede el Código este derecho. Los razonamientos de los intérpretes del Código Napoleón no pueden aplicarse á nuestro Código, porque parten del sentido de su art. 314 antes citado, del cual deduce Demolombe, justamente, que el hijo nacido antes de los ciento ochenta días es legítimo *de pleno derecho* mientras el marido no lo rechaza, «bastando el silencio de éste para que el nacido conserve su legitimidad adquirida por el solo hecho de nacer en el matrimonio». El art. 314, en efecto, supone, al conceder en términos generales al marido la facultad de rechazar al hijo que nace en aquellas condiciones (excepto en los casos que indica), que si no usa de esa facultad, el hijo es legítimo ante la ley, interpretando el silencio por reconocimiento.

Nuestro Código no formula esta facultad en aquellos términos, sino que establece en el art. 110 una presunción especial de *legitimidad* cuando el marido realice alguno de los citados actos de reconocimiento.

La falta de explicación literal del Código respecto á este punto, completando la presunción de legitimidad con lo que entiende respecto á la contraria y el valor que le concede como tal presunción, antes y después de cualquier acto de negación ó reconocimiento del marido, es lo que ha dado lugar á la opinión que hemos discutido, porque no obstante lo dicho, no se sabe taxativamente cuál es la situación de los nacidos antes de los ciento ochenta días, durante los dos ó más meses que tarda en prescribir la acción, suponiendo que el marido ni ha realizado, por estar ausente, ninguno de los actos del art. 110 que los legitiman, ni ha alegado el hecho que los excluye de la presunción de legítimos del art. 108. Según éste, debieran ser en este caso *ilegítimos;* mas como, por otra parte, el marido es el único que puede alegar el hecho ante los tribunales, y si no lo hace queda como no sucedido para la ley, el resultado práctico es el mismo. Si no se opone la excepción de que el hijo ha nacido fuera del plazo que señala el art. 108, quedará *de hecho* legítimo.

Ayuda á la interpretación el texto del art. 111, en el cual, como veremos, se presume *legítimo* al nacido después de los trescientos días, si no media impugnación del marido ó de sus herederos; aunque así se contradice algo el sentido que lógicamente tiene el art. 108. Por otra parte, resultaría también, siguiendo á éste, que un *ilegítimo*, como sería el nacido antes de los ciento ochenta días, se convertiría en *legítimo* por cualquiera de los actos del art. 110, sin que pudiera suponerse aquí *legitimación*, ya que ésta sólo es posible para los hijos *nacidos fuera de matrimonio*, según el art. 119, y habría que recurrir entonces á la ficción legal que suponen Laurent y otros comentaristas para eludir los inconvenientes de la teoría de la legitimación por subsiguiente matrimonio, que se pudiera ver detrás de los actos de reconocimiento del nacido antes de los ciento ochenta días, y, por tanto,

concebido antes del matrimonio. A cuyo propósito reaparece la cuestión bajo otra forma más grave.

¿Puede el marido incluir en la presunción de legitimidad, por cualquiera de los actos que señalan los números 1.º, 2.º y 3.º, á toda clase de hijos?—Los términos en que está redactado el artículo excluyen, como ya hemos dicho, la suposición de que mediante aquellos actos se *legitima* el hijo. No se *legitima* por los padres, sino que la ley *ipso facto* y mediante los hechos que determina, lo presume *legítimo*, con presunción que no admite prueba en contrario.

El Código no distingue, y parece que autoriza para hacer legítimos á hijos de todas clases, confirmando la doctrina de Laurent y Demolombe; y aun cuando, como decía Marcadé, la ley autorice así una cosa que en otro lugar rechaza como ilegítima, no se puede torcer su intención, no sólo porque el intérprete no se debe preocupar (en cierto modo) de las consecuencias que resultan de una doctrina, limitándose únicamente á determinar si la ley la consagra (1), sino porque es favorable á los hijos, y en esta materia debe aceptarse todo lo que aproveche á las únicas personas que no debían sufrir la culpa de los padres, y que, sin embargo, la sufren casi siempre.

La interpretación contraria de Goyena no se puede alegar, aunque se funda en la ley de Partidas referente á las legitimaciones (2.ª del tít. 15, Partida 4.ª), porque el art. 104 del proyecto que comenta, tenía, como hemos visto, redacción distinta, y no excluía, como el presente, toda idea de que haya una *legitimación* en el acto del marido.

Pero téngase presente que aunque el art. 110 que estamos comentando no hace distinción entre los hijos, se refiere al caso en que el hijo haya nacido después de celebrado el matrimonio; y como el matrimonio no puede celebrarse sin que preceda la dispensa de cualquier impedimento que le sirva de obstáculo, resulta que el hijo que nace de ese matrimonio, aunque concebi-

(1) Laurent, *Principes du droit civil français*, tomo III.

do antes de celebrarlo, reune los requisitos que exige el art. 119 para tener la condición de hijo natural. Por consiguiente, la presunción de legitimidad, que el Código establece á favor del hijo que nace dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, cuando el marido lo reconoce como suyo expresa ó tácitamente por alguno de los hechos que se determinan en dicho art. 110, se refiere concretamente al que tenga la condición de hijo natural, sin que pueda tener aplicación á los adulterinos ni á los demás hijos ilegítimos.

¿Qué sucederá si, á pesar de la prohibición, una viuda se casa antes de los trescientos un días de su viudez, y le nace un hijo después de este matrimonio sin que se hayan cumplido los trescientos días del anterior? El matrimonio es *válido*, sin perjuicio de que se aplique á la viuda la pena señalada en el Código penal (art. 50 del civil), y, por tanto, produce efectos civiles para el hijo.

Pueden suceder dos casos:

1.º Que nazca antes de los ciento ochenta días. ¿Puede entonces el marido reconocerlo por cualquiera de los medios del artículo 110, convirtiéndolo así en *legítimo*? Creemos que no, por las razones expuestas anteriormente. La ley presume la legitimidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días, cuando el matrimonio se ha celebrado legalmente, lo cual no sucede en el caso supuesto, y los actos ilícitos no producen otros efectos que los que la ley determina. Cuando fué concebido ese hijo, existía el primer marido de su madre, á quien la ley atribuye la paternidad; si realmente es hijo del segundo marido, será adulterino, y no pudiendo ser legitimado por el subsiguiente matrimonio, sería absurdo que la ley le concediera la condición de legítimo, faltando al principio por ella establecido. Es verdad que por razones de moralidad, en el art. 50 se declara válido ese matrimonio, aunque con ciertas penas y restricciones; pero no le atribuye la virtud de borrar la condición de los hijos concebidos por la mujer durante su matrimonio anterior. Además, según el artículo 129, sólo pueden ser reconocidos los hijos naturales, de cuya condición carece notoriamente el de que se trata, y como el

artículo 110 presume la legitimidad en virtud del reconocimiento del marido, no pudiendo este reconocimiento producir efectos legales, falta la base en que se apoya la presunción legal para considerarlo como legítimo.

Los comentaristas del derecho francés é inglés han planteado de otro modo la cuestión y con otro género de dificultades. El nacido en aquellas condiciones, dicen, está bajo la influencia de una doble presunción. Como nacido antes de los trescientos días de disuelto el primer matrimonio, es hijo del primer marido; pero también el segundo puede reconocerlo como hijo. ¿A cuál de los dos verdaderamente pertenece?

Hecho el reconocimiento por el segundo marido, el hijo adquiere un estado, y se anula la primera presunción. Esto parece lo más llano, y Demolombe opina así. Según otros (la mayoría de los comentaristas), la cuestión no puede decidirse en general, sino que los tribunales deben juzgar en vista de las circunstancias de cada caso. Blackstone, según la ley inglesa, y con él Laurent, dice que el hijo debe escoger en su calidad de verdadero interesado, puesto que concurre en él un doble derecho. ¿Podría, pues, el hijo rechazar el reconocimiento del segundo marido de su madre y optar por la filiación del primero? Parece que no puesto que goza de un estado legal en virtud de reconocimiento, según alegaron para este caso el Tribunal de Casación y el de Orleans en sentencias de 23 de Noviembre de 1842 y 10 de Agosto de 1843, que Dalloz aduce. Sin embargo, puede importar mucho á los intereses del hijo optar por la primera filiación.

El proyecto de 1851 cortaba de raíz la cuestión, diciendo en su art. 111 que «nadie puede reclamar un estado contrario al que resulte de su partida de nacimiento, si ésta guarda conformidad con la posesión de estado, y ninguno puede impugnarlo en el mismo caso».

2.° Si el nacimiento se produjo después de los ciento ochenta días del segundo matrimonio y siempre antes de los trescientos de la disolución del primero (que es el caso que distingue Lau-

rent), ya no es preciso acto alguno de reconocimiento por parte del marido. Queda simplemente la presunción de la ley, y frente á ella otra presunción también legal. Nos inclinamos mucho á la opinión de la mayoría de los jurisconsultos, que es en el fondo la de Zachariae, á saber: que en cada caso particular decidirán los tribunales, pero admitiendo la inspección médica, como quería Proudhon, para decidir, en vista del desarrollo del feto, si el nacimiento es tardío ó adelantado (1). Nos parece que éste es el criterio más conforme á la realidad y á la justicia, y que á él deben tender los tribunales cuando llegue el caso de decidir sobre esta cuestión en que el Código no se detiene. Y téngase en cuenta que, según el mismo Código, la inspección pericial es posible en el caso de nacimientos tardíos (art. 111).

En el caso supuesto, si el hijo nace antes de los ciento ochenta días habrá de quedar como hijo del primer marido. Si nace después de aquel término, se tendrá como hijo del segundo marido, el cual sólo podrá rechazarlo alegando la prueba del párrafo segundo del art. 108; y si lo hiciere, también se presumirá al nacido procedente del primer matrimonio, si aun no han transcurrido los trescientos días. Del mismo modo lo sería si el primer marido, conocedor del embarazo de la mujer, hubiese realizado un acto cualquiera de reconocimiento del póstumo, porque entonces desaparece toda cuestión, así como también cuando conocido por los herederos el embarazo de la viuda, utilicen alguno de los medios de vigilancia que les concede el artículo 960,

La complicación del interés de los herederos con el casamiento prematuro de la viuda puede hacer muy complejo el caso y desviar de su marcha natural la cuestión jurídica que se promueva. Por eso, la declaración que la madre hiciese de la filiación que corresponda al hijo no resolverá siempre la duda.

Antes de abandonar este problema haremos notar la novedad introducida por el Código civil alemán, cuyo art. 1600 declara

(1) Véase la opinión científica de Legrand de Saulle en su *Medicina legal*, 2.ª edición, págs. 116 y 117.

que si después de la disolución del matrimonio tuviese una mujer casada un hijo que pueda ser legítimo, lo mismo del primer marido que del segundo, se reputará hijo del primero, cuando haya nacido en el término de doscientos setenta días después de la disolución del primer matrimonio, é hijo del segundo marido cuando haya nacido después de este tiempo.

II

Examen particular de los casos de presunción.

Veamos ahora cada uno de los hechos en virtud de los cuales se produce la presunción de legitimidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio legalmente contraído.

1.º *Haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de la mujer.*—Puede alegar el hecho el marido mismo, y entonces bastará su confesión. Pero si lo alega la mujer por haber muerto el marido ó estar ausente en el acto del nacimiento, ¿cómo se probará su certeza? Nótese, como observa muy bien Demolombe, que se trata de un simple hecho, del cual la ley no puede razonablemente exigir un acta firmada (imposible por otra parte para los que no saben escribir), y que, por tanto, puede probarse, según los principios generales, ya por testigos, ya por presunciones, sin necesidad de base de prueba por escrito. El silencio de nuestro Código hace suponer que acepta los medios generales de prueba. Pero obsérvese que no son todos igualmente fáciles ni exentos de peligros, porque aun presumiendo la buena fe en la madre, no siempre es cierta la presunción. ¿Valdrá, pues, como medio de prueba de que el marido conocía el embarazo de la mujer, el hecho de mediar relaciones más ó menos íntimas entre ellos antes del matrimonio? Si la cohabitación se probase, no tiene duda, aunque siempre debe quedar abierto el camino al marido para explicar el hecho y negar su relación con el nacimiento del hijo, pero cuando las relaciones que se alegan eran ordinarias, frecuentando el marido la casa,

saliendo juntos á paseo, etc., deben tenerse en cuenta dos circunstancias importantes:

Primera: que no siempre se tratará de embarazos muy adelantados, cuyo conocimiento es fácil.

Segunda: que tal vez la mujer, ya embarazada, ha tratado de comprometer públicamente al que luego es su marido, para tener una prueba que le haga reconocer al que de hecho no es hijo suyo.

He aquí por qué, no obstante ser el hecho de las relaciones medio de prueba perfectamente legal, deben los Tribunales proceder con mucha cautela en su apreciación.

2.° *Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado á luz.* Este número, conforme al 2.° del art. 104 en el proyecto de 1851, es más claro que éste, y también que el del 314 del Código Napoleón, evitando, por tanto, las cuestiones que su interpretación suscitaba, según se puede ver en Laurent y Demolombe. Las varias condiciones que exige nuestro Código, *todas las cuales han de cumplirse para que el hecho sea alegable*, garantizan la verdad del reconocimiento. La inscripción del Registro y las copias auténticas harán fe en juicio.

3.° *Harberlo reconocido como suyo expresa ó tácitamente.* — Haberlo reconocido *de otro modo*, quiere decir; porque el núm. 2.° se refiere á un reconocimiento expreso. Son, pues, utilizables todos los hechos que supongan éste del marido. La ley de Matrimonio civil (art. 58) ponía sólo como ejemplo y no como limitación, el hecho de que el padre deje pasar el plazo en que debe ejercer la acción para impugnar la legitimidad, según el artículo 113 del Código.

Nacido el hijo á los ciento cuarenta días de la celebración del matrimonio, y no habiéndose probado que el marido supiese al casarse el embarazo de su mujer, ni que hubiese reconocido como suyo á ese hijo, cuyo nacimiento no fué inscrito en el Registro civil hasta dos meses después de la muerte del marido, que se ausentó poco después de su casamiento, y se opuso ante

el párroco á que se bautizase como suyo, debe presumirse desde luego ilegítimo, con arreglo á los preceptos de los arts. 108 y 110 del Código civil. (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1894.)

ARTÍCULO 111

El marido ó sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio ó de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido.

I

Consideraciones generales.

La redacción del presente artículo confirma, á primera vista, la teoría de que la presunción de legitimidad del art. 108 no tiene viceversa, y por tanto, que si los hijos nacidos en aquellas condiciones son por la ley legítimos, á no interponer el marido la prueba del párrafo 2.°, los nacidos en otras condiciones también lo son presuntivamente, cuando ni el marido ni los herederos, en su caso, se oponen á ello. No otra cosa significa el uso de la palabra *legitimidad* aplicada á los nacidos después de los trescientos días de la disolución del matrimonio ó de la separación.

Así parece lo cierto que, fluctuando la mente del legislador entre dos opuestos temperamentos, uno de severidad, á tenor de las corrientes tradicionales, y otro favorable á los hijos, por entender que el asunto de su ilegitimidad es las más de las veces de interés privado y no público, y puede asimilarse á los delitos que no se persiguen más que á instancia de parte, ha establecido primero una presunción muy determinada de legitimidad (artículo 108), y luego deja entrever otra más amplia que abraza á todos los hijos de matrimonio, permitiendo sólo que reviva su no legitimidad, en caso de alegarla el marido ó sus herederos.

Tal fué también la mente de los redactores del Código francés, los cuales, explicando la palabra *legitimidad* usada, como en nuestro Código, para los nacidos después de los trescientos días, decían por boca de Duveyrier: «El hijo no es ilegítimo, porque todo interés particular no puede ser negado sino por otro interés opuesto. La ley no está llamada á reformar lo que ignora, y si el estado del hijo no es impugnado, queda al amparo del silencio que nadie ha tenido interés en romper.»

De modo que no es la ley quien declara por sí ilegítimos á los nacidos antes de los ciento ochenta días ó después de los trescientos, sino que permite la alegación de ilegitimidad y deja su uso potestativo. Cuando se renuncia á él, la ley se conforma á la tolerancia del marido ó de sus herederos, y olvida que los hijos son de hecho, aun en el mismo espíritu del legislador, ilegítimos, como si no le importara nada la cuestión, fuera del apoyo que debe prestar á los interesados cuando éstos lo exigen (1). A tal interpretación induce la palabra *podrán* desconocer que usa este artículo, y que haciendo declaradamente potestativa la impugnación, supone que al no haberla queda legítimo el hijo.

En este caso, el art. 110 debe interpretarse como señalador de los casos en que al marido le está *prohibido* hacer uso de la facultad de no reconocimiento para los nacidos antes de los ciento ochenta días, que es el sentido y redacción del art. 314 del Código francés.

Una objeción puede hacerse á este criterio de la ley, y es la justicia que haya en permitir que por el silencio del padre ó de

---

(1) Para entender bien este sentido puede aplicarse aquí la teoría de Dalloz acerca de las *nulidades* y la intervención de la justicia pública en ellas. Distingue entre nulidades de interés público ó *absolutas*, que pueden ser reclamadas por todos, y *relativas*, que no pueden ser reclamadas sino por aquellos en cuyo interés especial se han establecido. Así las nulidades relativas «son menos una nulidad que una facultad concedida á una ó varias personas para dirigirse contra un acto: *quando actus nullus est favore alicujus, intelligitur si ipse vellit esse nullus.*» Con la misma razón debe decirse que la no legitimidad de los hijos nacidos antes de los ciento ochenta días ó después de los trescientos, más que una ilegitimidad de ley es una facultad concedida al padre y á sus herederos de pedir la declaración de aquel estado. Si no la piden, el *hecho* subsiste el mismo, pero la ley no lo considera como sucedido.

sus herederos, ó por la prescripción de la acción (art. 113), se convalide un estado que ni en cierto modo es legal, ni en el hecho es exacto. Y decimos, á pesar de todo, que en cierto modo no es legal, porque la fijación de los plazos de ciento ochenta y trescientos días está hecha suponiendo que son los normales para que el nacido sea producto de la cohabitación de marido y mujer, la cual no puede suponerse fuera de ellos. La ley lo que hace es fingirla cuando calla el marido; pero le concede que á la faz del mundo proclame de derecho una cosa que tal vez (contando con la inseguridad de aquellos plazos) sea una gran injusticia. ¿Puede permitirse esto? ¿No hay un interés público de todos los ciudadanos en evitar tales concesiones? O, por el contrario, ¿es la ilegitimidad asunto que no tiene transcendencia más que para los padres é inmediatos parientes? De hecho así es, y por eso obra con justicia el legislador abandonando, tal vez con alguna inconsciencia, la tradición jurídica que veía en la filiación no legítima un fenómeno perturbador del orden social: y así era de dura y restrictiva respecto de él.

Con establecer la facultad de impugnar el estado del hijo nacido después de los trescientos días, á favor de los herederos del padre, para evitar supercherías y amaños que se dirigieran á arrebatarles sus beneficios en la herencia de éste, cumple la ley con el único interés atendible dentro del derecho actual. ¿Puede pedirse después de esto que ahonde más su ingerencia. á título de defensora de una moral que por fortuna no es la moral práctica de nuestras sociedades? Cuando callan el marido y los herederos, la ley hace bien en imitarles y suponer legítimo al nacido. En cuanto á la fijación de plazo para prescripción de la acción, es una necesidad que se impone.

Hechas estas reflexiones, vengamos al examen particular del artículo.

II

Cuestiones.

¿A qué herederos del marido se refiere el Código?—Debe considerarse que, según el art. 112, complementario del actual, los herederos no pueden usar de la acción sino después de la muerte del marido, ya sea anterior ó posterior al nacimiento; y en el primer caso, aun pudo ocurrir que muriese ignorando el embarazo de su mujer.

Ahora bien; ó hay testamento ó no le hay. En el primer caso se entienden herederos, para el efecto de este artículo, todos los legalmente nombrados en aquel documento y los forzosos que hubiesen sido preteridos en la legítima correspondiente. Si no hay testamento, los que deban suceder abintestato, y en primer lugar los padres del marido ó sus hijos legítimos anteriores, los naturales reconocidos (de otra mujer que la casada con el causahabiente en el momento de morir), porque éstos también tienen derechos hereditarios; mientras que los demás ilegítimos, como lo sería el nacido después de los trescientos días, si se probase que no es del marido, no tienen ninguno.

Debe entenderse también que con la palabra *herederos* se quiere indicar, no á los que teóricamente puedan serlo según la ley ó la voluntad del testador, sino á los que de hecho puedan llamarse así, aunque su derecho esté pendiente del resultado de la acción de ilegitimidad, y mientras no hayan renunciado á él. Si renunciaron, no les compete ejercitar esta acción, porque es como si no hubieran sido jamás herederos.

Puede suceder otro caso, y es que el marido muera antes del nacimiento del hijo sin conocer el embarazo; ó habiéndolo conocido, pero de modo que no pudo llegar á presentar la acción ni á modificar su testamento anterior, en que, no teniendo herederos forzosos, dejaba todos sus bienes á la mujer. Entonces, como ésta es la heredera, los parientes del marido que, no como tales, sino en concepto de herederos, son llamados á la acción referi-

da, no pueden hacer nada; y sería además inútil su intervención, puesto que si el hijo es legítimo adquiere la herencia para sí y la disfruta de hecho la madre; y si fuese declarado ilegítimo, no se rompe el testamento y hereda la madre.

¿Puede desconocer al nacido después de los trescientos días el tutor del marido y en qué casos?—Trátase naturalmente de los casos de locura, demencia, prodigalidad ó interdicción, únicos que pueden poner al marido, después de celebrado el matrimonio, en tutela, puesto que el hecho mismo de casarse emancipa al menor (arts. 314 y 315).

En los dos primeros casos están llamados á la tutela el padre, la madre, los hijos, abuelos y hermanos, exceptuando al cónyuge sólo cuando media separación legal; es decir, los que, caso de muerte del marido, serían sus herederos. Como tales presuntos herederos no tienen acción alguna mientras viva el marido; pero, ¿la tienen como tutores? Opinan algunos que no; porque la cuestión es de aquellas personalísimas que sólo el mismo interesado puede ejercer, no siendo tampoco de las contenidas en las funciones de tutela. No es esta nuestra opinión. Según el art. 262, el tutor representa al incapacitado en todos los actos civiles, y en su nombre ha de entablar las demandas para el ejercicio de las acciones que á éste competan, si bien con la autorización del consejo de familia, conforme al núm. 13 del art. 269. Con este requisito, pues, único exigido por la ley, y no mediando el reconocimiento del hijo por el loco ó demente en un intervalo lúcido, y con doble razón si lo hubiere desconocido, podrá el tutor entablar la acción en representación del incapacitado, para evitar que, no pudiendo expresar su deseo el loco ó demente, se llegue á producir una injusticia con el silencio tocante á la legitimidad del hijo. Otra interpretación de la ley sería muy dura para el marido, cuya desgracia pide mayor atención á sus derechos. Lo mismo será cuando el tutor fuese testamentario.

Análogo razonamiento puede aplicarse á los demás casos, y con mayores facilidades de resolución. Por lo que toca á la tu-

tela del pródigo no habrá dudas, puesto que hallándose limitada á los actos que la sentencia determine, y no habiendo entre la prodigalidad y la filiación relación alguna que pueda producir incapacidad en este orden, lo justo será que el marido, y no el tutor, pueda ejercitar la acción de desconocimiento.

En punto al que sufre interdicción, estándole prohibido presentarse en juicio, puede hacerlo, sin duda, representado por el tutor (art. 229), y éste, por tanto, sostendrá el desconocimiento del hijo nacido después de trescientos días, en nombre del marido, pero con el consentimiento y autorización de éste.

Tal es también la opinión de Demolombe, el cual insiste mucho, y justamente, en los peligros que habría en negar la representación en juicio del interdicto para este caso, refutando la teoría de los que dicen que la facultad de rechazar á un hijo, como la de reconocerlo, es una cuestión de honor para el marido, de la cual debe ser árbitro él solo. Pero ¿qué fuerza tiene esto cuando el marido ha expresado su opinión al tutor?

La dificultad surge de otro modo, cuando haya oposición entre el tutor y el marido; es decir, cuando éste, sujeto á interdicción, desee usar el derecho que le concede el art. 111 y el tutor no quiera entablar la acción. ¿Se puede obligar á que la entable? El interdicto tiene derecho á presentarse ante el consejo de familia y declarar allí su voluntad y la oposición del tutor (art. 308), y el consejo decidirá, quedando contra el acuerdo negativo de la mayoría la alzada del art. 310 y la responsabilidad, en su caso, del 312. Todavía antes de acudir al consejo puede el marido acudir al protutor.

Derecho de justificación de la paternidad del marido.—El derecho que aquí se concede al hijo nacido después de los trescientos días, y á su madre, es una atenuación de la inflexibilidad de plazos del art. 108 y un reconocimiento del hecho de los nacimientos tardíos posteriores á trescientos días. Así lo declaraba la ley de Matrimonio civil en su exposición de motivos, diciendo, luego de notar que la indecisión de las teorías científicas obligaba á tomar como ciertos, en regla general, los plazos de

ciento ochenta y trescientos días, en cuyo intervalo el hijo nacido se reputa engendrado por el marido, que «si algún raro caso ocurriera, en el cual hubiera medio de demostrar que la realidad de los hechos no estaba en armonía con la presunción legal, por cualquier causa», se hace posible la prueba en contrario, con lo cual «nunca será imposible que la presunción de la ley desaparezca ante la verdad de un hecho que le sea contrario».

No podemos menos de aplaudir este reconocimiento de la realidad que hizo la citada ley y que traslada el Código; porque no se trata de imponer *simples hipotéticas teorías*, sino de abrir camino al examen pericial de los casos concretos, en los cuales, como muy bien dice el Código austriaco (art. 57), sólo los médicos pueden decidir. La indecisión está sin duda en la fijación de un plazo absoluto como límite de nacimientos tardíos; y así unos creen que se puede prolongar el embarazo durante doce meses y más, y otros niegan que pueda pasar de los doscientos ochenta días. Los casos prácticos que aducen los autores, acusan, como hemos visto, la prolongación hasta trescientos treinta y dos y trescientos treinta y tres días (1) después del presunto de concepción, que es el de la menstruación última anterior al embarazo.

Schoröder dice que puede prolongarse el nacimiento hasta los trescientos veinte días, y Saulle concluye por afirmar que la duración media del embarazo es de doscientos setenta y cinco á doscientos ochenta, ó doscientos noventa á trescientos días, según el plazo en que se produzca la menstruación (cada veintiocho ó veintinueve días). «Pero añade, no debe olvidarse que puede haber error, ya por la persistencia excepcional del menstruo, ya á causa del plazo de ocho á quince días, después del acceso con el varón, durante el cual puede ser fecundado el óvulo» (2).

La madre, pues, podrá acudir al dictamen de los médicos

(1) Simpson, *Monthly Journal* y *Clínica obstetricial*, citado por Saulle.
(2) *Traité de Médicine légale*, Paris, 1886.

para probar que el nacimiento es tardío y que la concepción pudo producirse viviendo con el marido; y de este modo se templa el excesivo rigor de la ley 4.ª, tít. 23, Partida 4.ª, que declara ilegítimo al nacido «si tañe un día del onceno mes».

Pero no será tan frecuente esta excepción como la de que después de la separación legal efectiva hubo entrevista y acceso entre marido y mujer. ¿Cómo se ha de probar esto? ¿Bastará el hecho de que los cónyuges se han visto sin testigos? Valgan para este caso todas las reflexiones que hemos expuesto acerca del número 1.º del art. 110, para evitar que se pueda producir el fraude en este asunto.

Hijo nacido después de transcurridos trescientos días, etc.—Supongamos que ni el padre ni los herederos, en su caso, desconocen al nacido, por cualquier causa que sea. La legitimidad se consolida; pero, ¿qué límites tienen las palabras *después de transcurridos trescientos días*? Porque después de los trescientos, son cuatrocientos, seiscientos ó mil, suponiendo que la madre no se ha vuelto á casar cuando pudo hacerlo. El Código no ha creído necesario hacer esta declaración, porque no hay duda que el hijo nacido á los cuatrocientos días de ningún modo es hijo del marido, sino hijo natural de la madre; pero hubiera podido hacer una referencia al dictamen pericial tocante á los nacimientos tardíos, que no pueden pasar, según hemos visto, de ciertos límites, después de los cuales no hay necesidad de desconocimientos, ni medios hábiles de probar la legitimidad.

¿En qué casos corresponde al hijo oponerse á la acción del marido ó de los herederos? Lo ordinario será que viviendo la madre sea ésta quien se oponga. A ella interesa tanto como al hijo, y además es su representante legal. ¿Pero y si ha muerto, verbi gracia, de sobreparto? Como la acción del marido ó de los herederos tiene una prescripción corta, lo más que podrá contar el hijo al interponerse aquélla será, según los términos del art. 113, seis meses, á no haberse ocultado el nacimiento. Claro es que á tal edad no puede por sí presentarse en juicio: lo hará, pues, el tutor en su nombre.

¿Podrá hacerlo otra persona en nombre del hijo, si viviendo la madre no se opone? No preve este caso el Código: mas puede suceder que la madre, por resultas del parto, esté enferma, de modo que no pueda ocuparse de este asunto ó que maliciosamente deje pasar el plazo de contestación á la demanda. El caso no sería raro dada la pasión que á veces domina á las mujeres y á que alude la ley 9.ª, tít. 14, Partida 3.ª ¿Se dejará perder el derecho del hijo? En este caso, como dice el artículo que examinamos, como en todos los demás, el art. 118 preceptúa que la acción que para reclamar su legitimidad compete al hijo, dura toda la vida de éste.

¿Cuánto tiempo dura la acción de la madre y el hijo para justificar la paternidad del marido?—El Código contrae su uso al caso en que el marido ó los herederos desconozcan la legitimidad; y como esta acción prescribe en el plazo más largo (no existiendo ocultación del nacimiento) á los seis meses, claro es, aunque no lo diga el Código, que durante ellos conservarán la suya el hijo y la madre. Una vez pasados, resulta inútil, puesto que la legitimidad se consolida. Pero si hubo ocultación, como los plazos comienzan á contarse (art. 113) desde que se descubriese el fraude, reaparecerá entonces, con el derecho del marido ó de sus herederos, el del hijo y la madre para explicar la ocultación y justificar la paternidad. Ahora bien: cuando el marido ó sus herederos hayan desconocido la legitimidad del hijo, y haya éste quedado con la nota de legitimidad por no haber hecho uso la madre del derecho que le concede el art. 111 en su última parte, ¿podrá el hijo reclamar después su legitimidad con arreglo al art. 118? Los términos absolutos en que este artículo se halla redactado, el espíritu del Código en la materia y la posibilidad de que en algunos casos pueda justificarse el hecho del acceso de los padres después de la separación legal, ó el nacimiento demasiado tardío del hijo científicamente demostrado, aconsejan desde luego no negar al hijo tal derecho.

Separación legal efectiva de los cónyuges.—El art. 108 sólo habla de separación; el 111 se refiere á la separación legal. Ya

hemos expuesto en el comentario de aquel artículo, que aun en el Código se refiere también á separaciones legales. La separación amistosa ó convencional no existe para la ley, no se reconoce. De aquí que el hijo nacido después de los trescientos días siguientes á esa separación haya de presumirse legítimo, sin perjuicio de la facultad de poder el padre destruir tal presunción mediante prueba en contrario.

Jurisprudencia.—Declara el Tribunal Supremo en sentencias de 3 de Abril de 1893 y 18 de Junio de 1900, que el depósito judicial de la mujer casada constituye el estado de separación legal y efectiva de los cónyuges, á los efectos del art. 111 del Código, por lo que, los hijos nacidos después de los trescientos días de la separación, ó fuera del tiempo que el 108 prefija, deben presumirse ilegítimos, mientras no se pruebe la paternidad ó resulte natural consecuencia del mismo artículo, por justificarse que no fué real y efectiva esa separación.

Igual criterio sostuvo dicho Tribunal en una cuestión anterior al Código civil, en que si bien no existió depósito, se probó el hecho de la separación real de los cónyuges. (Sentencia de 29 de Enero de 1890.)

ARTÍCULO 112

Los herederos sólo podrán impugnar la legitimidad del hijo en los casos siguientes:

1.º Si el marido hubiese fallecido antes de transcurrir el plazo señalado para deducir su acción en juicio.

2.º Si muriere después de presentada la demanda, sin haber desistido de ella.

3.º Si el hijo nació después de la muerte del marido.

La ley de Matrimonio civil, que había establecido en su artículo 59 la facultad de impugnación que copia el 111 del Código, no completó la doctrina fijando en qué casos los herederos

del marido podían ejercerla. El proyecto de 1851 citaba sólo el caso de haber muerto el marido sin hacer la reclamación, pero dentro del término útil para hacerla (art. 106), estando conforme con el Código francés, el sardo, el de Luisiana, el de Vaud y el ruso, que admite también el caso 3.° de este artículo 112.

Nuestro Código es de los más completos en esta materia, porque señala con más claridad los diversos casos en que puede ejercerse aquel derecho y con más extensión, puesto que la mayoría de las legislaciones extranjeras se limitan al caso número 1.° del artículo que comentamos.

Le aventaja en previsión, sin embargo, el Código civil suizo, que admite también la impugnación por los herederos en el caso de que el marido haya quedado incapacido para discernir antes de terminar el plazo de la impugnación, ó cuando, por ser su domicilio desconocido ó por cualquier otra causa, no haya podido dársele aviso del nacimiento.

Aun así no deja de ofrecer dudas, y seguramente no impedirá (pretensión que sería excusada en todo legislador, por la imposibilidad de encerrar la vida en moldes estrechos) que más de una vez, no habiendo usado el marido de su derecho, sin intención de renuncia, ni poder prejuzgar que no quisiera usarlo, sea imposible á los herederos sustituirlo en la acción, y se consume la legitimidad de un nacido ilegítimo. No debe esto pesarnos, porque toda ventaja á favor de los hijos debe aceptarse como atenuación al rigor con que las leyes, reflejando los sentimientos sociales, suelen tratarlos.

La ley se ha hecho cargo de esto, porque continúa dominando en el presente artículo su consideración de mero interés privado en punto á estas cuestiones (1). Y así, conociendo el marido el nacimiento del hijo, si no presenta demanda, los herederos

(1) Concepción muy distinta de la legitimidad se refleja en el Código suizo, cuyo art. 256 determina que si el hijo hubiere sido concebido antes del matrimonio, la Autoridad competente del cantón del marido, podrá, aun en caso de reconocimiento por este último, impugnar la legitimidad, siempre que pruebe que es absolutamente imposible la paternidad del marido.

no tienen acción alguna y se convalida la legitimidad; pero si murió antes de transcurrir el plazo (núm. 1.°) ó antes de nacer el hijo, como no se conoce su voluntad, que á estar vivo pudo ser favorable á la impugnación, la ley así lo presume y transmite el derecho á los continuadores de la personalidad del marido.

Otra cosa sería si éste, aun en los casos 1.° y 3.°, sabedor del nacimiento del hijo ó del embarazo de la madre, reconoce al nacido ó por nacer; caso que expresamente indica el art. 310 de la Compilación civil rusa, y que nos parece contenido en el espíritu de nuestro Código. Hay, en efecto, aquí una declaración del marido, que es en quien esencialmente radica el derecho de impugnación, y contra ella no pueden volver los herederos; y entendemos que el reconocimiento valdrá lo mismo si es expreso que tácito, pudiendo alegar uno y otro, por igual razón, que radica en el art. 110.

Así dice con mucha razón Laurent, citando palabras de Duveyrier, que «el derecho del marido debe necesariamente pasar á los herederos... *pero sólo en la época en que aún exista realmente*»; y añade en seguida: «Si el marido, pues, ha renunciado á su derecho, éste ya no existe, los herederos no lo encontrarán en la herencia y por consiguiente no pueden desconocer al hijo (1).

Los herederos son, de hecho, continuadores de la personalidad del marido; de modo que no ejercen la impugnación *por derecho* propio, sino en representación del marido difunto, cuya voluntad siguen, ya por presumirla á favor suyo (números 1.° y 3.°), ya para sostenerla cuando se ha declarado (núm. 2.°).

Así nos parece más lógico y en razón nuestro Código que otros extranjeros (francés, art. 317; holandés, art. 311; italiano, art. 167, etc.) y que el proyecto de 1851, todos los cuales, señalando que los herederos no podrían usar de la acción sino «desde el día en que el hijo haya sido puesto en posesión de los

(1) *Principes du droit civil français*, tomo III, núm 437, pág. 552.

bienes del marido» ó en que se viesen «turbados por él en la posesión de la herencia», reducían la cuestión de *personalidad*, á que se contrae la filiación legítima ó ilegítima, á una cuestión de propiedad de bienes en la que los herederos tenían un derecho propio nacido de su interés en la herencia. El Código ha quitado este carácter á la acción suprimiendo aquellas palabras que se referían al caso núm. 1.º del art. 112, único que consideraba el 106 del proyecto de 1851. También se suprimieron en el proyecto de 1882.

El complemento de la doctrina de este artículo se contiene en el siguiente. Pero antes de pasar á su comentario, debemos advertir que tanto éste como el que ahora nos ocupa, se refieren á la impugnación de legitimidad en general, sin contraerse al caso de los nacidos después de trescientos días, como hace el artículo anterior, notándose la diferencia en las distintas palabras que usan uno y otro, diciendo aquél, *podrán desconocer*, y éste, *impugnar*.

ARTÍCULO 113

La acción para impugnar la legitimidad del hijo deberá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes á la inscripción del nacimiento en el Registro, si se hallare en el lugar del marido, ó, en su caso, cualquiera de sus herederos.

Estando ausentes, el plazo será de tres meses si residieren en España, y de seis si fuera de ella. Cuando se hubiere ocultado el nacimiento del hijo, el término empezará á contarse desde que se descubriere el fraude.

Tampoco tiene equivalente este artículo en la ley de Matrimonio civil, pero sí en el proyecto de 1851 y en el de 1882, cuyo artículo 92 es igual al presente.

Aparentemente, obedecía el art. 105 de aquel primer proyecto á distinto espíritu del que revela la redacción del que comentamos; puesto que aquél, conformando con el derecho ruso y el del Uruguay, hace partir los plazos siempre desde el mo-

mento en que el marido tuvo noticia del nacimiento del hijo, y respecto á los herederos, desde que se vieran perturbados en la posesión de la herencia por el hijo ó le fuere dada á éste posesión de los bienes del marido. El Código actual reduce á igual criterio el cómputo respecto á los herederos y al marido, siguiendo la concepción del carácter de representantes que aquéllos tienen en las impugnaciones, y cuenta los días desde la inscripción en el Registro y no desde la noticia del nacimiento, á no ser en caso de ocultación (1),

Parece, en efecto, conforme á justicia y aun al sentido general de la ley, que la palabra *ocultación* comprenda todos los casos posibles de este hecho, y que, por tanto, siempre que el marido ignore el nacimiento hay ocultación, sea cual fuere la causa; y lo indudable es que el Código supone, en el caso del párrafo primero de este artículo, que el marido ó los herederos *conocen* el hecho de la inscripción; porque si no les es conocida por cualquier causa, ¿qué base tiene la presunción de la ley en favor del reconocimiento del nacido, ni la de la voluntad de los interesados en dejar transcurrir el plazo de impugnación? El marido que está ausente, ó el heredero en igual caso — y aun estando presente, á veces, el segundo — no pueden adivinar el hecho de la inscripción si se les ha ocultado el del nacimiento; de modo que todos los casos se reducen á éste, debiendo siempre la madre ó la persona que en su lugar pueda hacerlo (estando imposibilitada ella), avisar del nacimiento; si no lo hace ni se le da publicidad por otros medios, falta la condición fundamental y el plazo no corre desde la inscripción, que resulta así un plazo puramente procesal para cuando previamente los interesados conozcan el nacimiento. Así, cuando el aviso hubiese sido dado después de los dos meses (ó tres, ó seis) de la fecha de la inscrip-

(1) Según el Código suizo, el marido ó los herederos pueden impugnar la legitimidad en el término de tres meses, á contar del día en que hayan tenido noticia del nacimiento. El Código alemán toma también como punto de partida esta noticia, ampliando á un año el plazo para intentar la impugnación.

ción, el plazo no se considera transcurrido, puesto que hay una ocultación. La palabra *fraude* que usa el Código da á entender que la ocultación ha de haber sido intencional ó maliciosa, pues de otro modo no habría fraude ó engaño; y deberá entenderse maliciosa por regla general, y salva la prueba en contrario, puesto que la ocultación del nacimiento de un hijo no puede ser nunca efecto de olvido ó descuido, sino de intención deliberada.

Esta intención, sin embargo, es necesaria para la calificación del hecho; pero deja la duda siguiente: ¿Puede también considerarse como ocultación la no llegada de la noticia que positivamente se ha enviado? La cuestión puede formularse así: la noticia se ha enviado y no llega á su destino *por caso fortuito* ó no imputable á ninguno de los interesados en ocultarla; entonces la ocultación es *un hecho* para el marido, aunque no lo sea para la madre ó sus conexos; y es, á nuestro entender, alegable por el marido ó pariente para eludir el transcurso del plazo legal y la extinción consiguiente de la acción. Esto parece perfectamente justo, pero da lugar á discusiones muy complejas. ¿Cómo se prueba que se ha dado la noticia al marido ó heredero ausente, es decir, que no ha habido ocultación? Para afirmar esto y dejarlo perfectamente establecido, se requerirían formalidades que casi nunca se seguirán; quedan los medios ordinarios de prueba, y ¡caben en ellos tantas falsedades! Por otra parte, ¿cómo se probará que el marido ó heredero ha recibido la noticia? Cuando se envíe verbalmente será fácil tal vez; pero, ¿y cuando se hace por carta? ¿No es posible la negativa del hecho por el marido ó el heredero que, habiendo dejado pasar el plazo legal, quieren subsanar esta falta aduciendo una ocultación?

La prueba de ésta sería en extremo difícil por parte del actor de modo que convenciera al juez; pero en caso de ausencia podrá casi siempre alegarla, y entonces la madre demandada ha de probar lo contrario, que es tan difícil ó más que lo primero. Así tendrán estos pleitos una vaguedad grande y piden exquisito tacto en los jueces, resultando siempre que, apurada la

cuestión, se viene al hecho de tener conocimiento el marido ó heredero del nacimiento, y no á la fecha de la inscripción independientemente de aquel conocimiento.

Interesa, pues, que, siempre, antes de expirar el término legal, se dé noticia del nacimiento, y entonces el plazo se cuenta no desde el día de la noticia, sino desde el de la inscripción. Pero tampoco esto es absoluto; la excepción del fraude le quita tal carácter, y así se reputaría también ocultación la noticia dada dentro del plazo legal, pero en tal fecha, que, manifiestamente, por el alejamiento del marido ó del heredero, no tuviesen tiempo de entablar la acción, cuyo plazo debe reputarse como improrrogable. De modo que la noticia se ha de dar antes de transcurrir el término legal y en tiempo hábil para que pueda entablarse la acción, y no haciéndolo así, se contará el término desde que se recibió la noticia.

Después de esto, bastarán ligeras explicaciones para completar el sentido del artículo.

La acción vale para el marido en los casos de los arts. 108 y 111, y para los herederos en el de este último artículo. Cuando la inscripción, que la puede hacer cualquiera de los comprendidos en el art. 47 de la ley del Registro civil, se haga por el padre ó á presencia de éste y sin protesta, ¿se supone la renuncia á la acción, análogamente á lo dispuesto en el art. 110? A nuestro parecer, puede alegarse así, en el caso en que el marido vuelva sobre su primera determinación y quiera impugnar dentro del plazo. La interpretación es de perfecta analogía, aunque no excluya por entero una posible indefensión injusta.

Respecto á la ausencia, véanse los comentarios al párrafo segundo del art. 108.

En la fijación de plazos, mediando ausencia, el Código ha seguido el mismo criterio que la ley de Enjuiciamiento civil y otras, apreciando el lugar donde cumple su ausencia el marido ó heredero, y á diferencia de los Códigos de la República Argentina y Méjico, que fijan el plazo de dos meses para todo caso y distancia, sin admitir excepción alguna. Otros Códigos estable-

cen diferencia de días para el marido ó los herederos: así el de Portugal.

ARTICULO 114

Los hijos legítimos tienen derecho:

1.º A llevar los apellidos del padre y de la madre.

2.º A recibir alimentos de los mismos, de sus ascendientes, y en su caso, de sus hermanos, conforme al art. 143.

3.º A la legítima y demás derechos sucesorios que este Código les reconoce.

Ya como derechos del hijo, ya como deberes del padre, hállanse reconocidos, más ó menos expresamente en todas las legislaciones, los que enumera el presente artículo. La forma de éste, que reune los diversos derechos de los hijos legítimos, no tiene precedentes en nuestra legislación, pues ni aun la ley de Matrimonio civil habla más que de la educación y alimentos (artículo 63); pero de hecho, la doctrina es perfectamente española y se halla esparcida en diferentes cuerpos legales, desde el Fuero Juzgo á la Novísima, como veremos en cada caso especial.

No dice el Código, ni debe presumirse de este artículo, que los derechos que en él indica sean exclusivos de los hijos legítimos, sino sólo que éstos los poseen. Así veremos que de casi todos participan las demás especies de hijos.

Derecho á los apellidos.—Uno de los que más caracterizan la legitimidad y en absoluto la filiación. La ley del Registro civil exige que se hagan constar, á continuación del nombre del nacido, los nombres y apellidos de los padres (circunstancia 6.ª del art. 68). Pueden usarlos también el legitimado por subsiguiente matrimonio, que se considera como legítimo (art. 122), y el natural reconocido conjuntamente por el padre y la madre (art. 134). El legitimado por concesión Real y el reconocido sólo por uno de los padres, llevarán únicamente el apellido

del padre que hubiere pedido la legitimación ó lo hubiese reconocido.

Derecho á los alimentos.—Deriva naturalmente del hecho de la filiación, porque de nada serviría engendrar á un hijo si luego se le desamparaba por completo. Para fijar su alcance nos remitimos á los comentarios de los arts. 142, 143 y 146, donde se explica el concepto y extensión de los alimentos.

Derechos sucesorios.—En ellos se marca más radicalmente la diferencia entre las varias clases de hijos. Se definen especialmente en los arts. 807, 808 y 931, á cuyo comentario nos remitimos.

¿No tienen los hijos legítimos más derechos respecto de sus parientes, y en primer lugar de sus padres, que los señalados en el presente artículo?—La doctrina consignada en él debe completarse con la contenida en el título de la *patria potestad.* Allí, en efecto, se declaran explícitamente algunos deberes de los padres, que corresponden á derechos en los hijos. Así, el de tenerlos en su compañía y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho (art. 155). Aun hay más que la ley no declara expresamente, pero que se deducen bien de la situación respectiva de hijos y padres. La legislación inglesa dice terminantemente que tienen los padres el deber de proteger y defender en todos sentidos á los hijos; de modo que, por lo común, es absuelto el padre que por cumplir este deber se hace reo de lesiones ó heridas contra un tercero. La protección está también expresamente indicada en las leyes civiles de Georgia. Nuestro Código penal acepta como circunstancia atenuante en los delitos la de proceder en «vindicación próxima de una ofensa grave», causada á los descendientes del autor, pudiendo á veces convertirse el derecho de defensa de éstos en circunstancia eximente (núm. 5.º del art. 8.º).

CAPITULO II

De las pruebas de la filiación de los hijos legítimos.

ARTÍCULO 115

La filiación de los hijos legítimos se prueba por el acta de nacimiento extendida en el Registro civil, ó por documento auténtico ó sentencia firme en los casos á que se refieren los artículos 110 al 113 del capítulo anterior.

ARTÍCULO 116

A falta de los títulos señalados en el artículo anterior, la filiación se probará por la posesión constante del estado de hijo legítimo.

ARTÍCULO 117

En defecto de acta de nacimiento, de documento auténtico, de sentencia firme ó de posesión de estado, la filiación legítima podrá probarse por cualquier medio, siempre que haya un principio de prueba por escrito, que provenga de ambos padres conjunta ó separadamente.

I

Consideraciones generales.

Los tres artículos cuyo texto antecede se completan entre sí exponiendo la doctrina de los medios de prueba de la filiación legítima. Así se ve en la ley de Matrimonio civil, en cuyo artículo 61, del cual derivan aquéllos inmediatamente, están reunidos los tres grupos de pruebas mencionados. Su separación

en otros tantos artículos permite mayor amplitud y claridad en su determinación, como efectivamente sucede en el Código con relación á la mencionada ley.

Manifiestamente impone el Código un orden sucesivo obligatorio en las diferentes pruebas que admite: basta ver las frases con que comienzan los arts. 116 y 117, de modo que no podrá trastornarse este orden, alegando la posesión de estado cuando haya inscripción ó sentencia; aunque nada impide que si concurren las dos, ó la posesión y otro medio de los que indica el artículo 117, se aleguen conjuntos, aunque la fuerza mayor y decisiva esté en el que sea primero, según el orden del Código. Igual sentido tenía el art. 61 de la ley de Matrimonio civil, según se declara en la exposic ón de motivos, al decir que faltando la inscripción del Registro, «debe admitirse como bastante la prueba que resulta de la posesión»; y si ésta *no es posible*, «podrá admitirse la testifical», etc. No es, pues, acertada la opinión de un comentarista, que supone aquí una diferencia entre el Código y la citada ley, admitiendo que esta mencionaba las diferentes pruebas como de libre opción de los interesados.

Hemos dicho que son tres los grupos de pruebas que el Código establece. Enuméranse así:

1.° Acta de nacimiento del Registro civil, documento auténtico ó sentencia firme.

2.° Posesión constante del estado de hijo legítimo.

3.° Cualquier otro medio, siempre que haya un principio de prueba por escrito.

Concede, pues, el Código bastante amplitud al reclamante de la filiación legítima, presentando una serie graduada de pruebas, de mayor á menor, para que siempre pueda aquél encontrar una en que apoyar su derecho.

Los Códigos extranjeros concuerdan con el nuestro en términos generales; pero no todos tienen igual amplitud. Así van desde un límite de restricción que señala el de Guatemala, hasta un límite de amplitud á que llegan los de Francia y Luisiana, prescindiendo del principio de prueba por escrito en los térmi-

nos que veremos. Como precedente español debe tenerse en cuenta la ley 7.ª, tít. 19 de la Partida 4.ª, que de propósito examinaremos más adelante, y en la cual se admiten medios de prueba, los más fáciles y asequibles al hijo. Al mismo tiempo diremos nuestro juicio del criterio que admite el Código. Veamos ahora separadamente las diversas pruebas contenidas en los artículos 115 á 117.

II

Examen particular de las pruebas.

1.° *Acta del Registro.*—Aunque no lo dice el Código, demasiado se comprende que el acta de inscripción en el Registro sólo puede concurrir en los nacidos desde 1870, y que, por tanto, para los de años anteriores, reune igual valor y fuerza en juicio la partida bautismal. A ella se refiere el proyecto de 1851, en cuya época no existía el Registro.

Propiamente, el acta de nacimiento, no prueba más que la filiación; porque no basta que la ley del Registro prevenga que en la inscripción se consigne la legitimidad ó ilegitimidad del nacido, si fuese conocida (circunstancia 7.ª del art. 48), disposición qne invocaron luego los redactores de la ley de Matrimonio civil para motivar el núm. 1.° del art. 61, puesto que, salvo los casos de *no conocerse*, la declaración de la persona que se presenta á inscribir puede ser falsa ó errónea, y no tiene, en justicia, más que un valor de presunción, á menos que sea el mismo padre quien declare ó que se encuentre él mismo presente al acto. Lo que hace el Código es permitir que el hijo se apoye en la presunción de legitimidad que concede la inscripción, dando á ésta un valor de certeza provisional, y dejando á las resultas del pleito el reconocimiento definitivo de este dato.

El proyecto de 1851 daba una solución radical á este punto, declarando expresamente en su art. 117, que «la prueba de filiación *no basta por sí sola* para justificar la legitimidad.»

Con esto, nos decidimos por la posibilidad de impugnar el acta de nacimiento, de acuerdo con Ferreira, el comentarista del Código portugués, y contra la opinión de Goyena, conforme al art. 111 del proyecto de 1851, que prohibía tal impugnación; y entendemos que no sólo será posible cuando el que la entable tenga derecho á desconocer la legitimidad en los términos de los artículos 108, 111, 112 y 113, y cuando se discuta la identidad de la persona, como dice el Sr. Navarro Amandi, mas en todos los casos en que el impugnador tenga pruebas valederas; no quedando, pues, fijada la legitimidad sino cuando se ha sentenciado en contra de la impugnación ó ésta no se ha interpuesto.

Conforme con nuestro sentir el Código austriaco, que dice terminantemente en su art. 164: «la inscripción del nombre del padre en el registro de nacimientos de bautismos, según la declaración de la madre, no constituye prueba, á menos que la declaración esté hecha conforme á ley, consentida por el padre, y que este consentimiento sea testimoniado por el cura y el padrino con la certificación de que el padre les es conocido».

Lo que sí creemos es que el hijo no está obligado por el Código, como opinaba Goyena en vista del proyecto de 1851, y Laurent para el Código francés, á presentar el acta de matrimonio de sus padres, ¿pero quién duda que si la prueba de la inscripción es impugnada, habrá de recurrirse á este otro medio como decisivo? Mientras no lo sea, la ley tiene por fidedigno el testimonio del declarante, cuya mala fe ó error sería necesario probar.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Julio de 1899, la partida de bautismo sólo da fe del hecho del bautismo y de su fecha; prueba desde luego el nacimiento, pero nunca por sí sola la legitimidad; las actas de inscripción del nacimiento en el Registro civil, que han sustituído á las partidas sacramentales, constituyen sólo una presunción que puede desvirtuarse por la prueba en contrario.

Abundando en la misma doctrina, la sentencia de 24 de Junio de 1897 declara que las pruebas de filiación de los hijos le-

gítimos, admitidas en los artículos 115 al 117, no pueden tener aplicación cuando consta que el matrimonio no se celebró, pues con arreglo al sistema del Código, la verdadera prueba de la filiación legítima es el matrimonio de los padres; en su consecuencia, sólo cuando no pueda acreditarse su celebración, y no cuando conste que no se ha celebrado, es cuando los arts. 115 al 117 autorizan la prueba de legitimidad por los medios que esos artículos establecen.

Fundándose una demanda en la cualidad de hijo legítimo del actor, y no acreditándose la filiación por las partidas de casamiento de los padres y de nacimiento del hijo, sino sólo por ésta que es redargüida de falsa, probándose su falsedad con otros documentos auténticos, es evidente que el parentesco no queda justificado, ni la partida sacramental constituye en tal caso el documento auténtico á que se refiere el art. 115 del Código. (Sentencia de 28 de Marzo de 1896.)

Las Reales órdenes de 23 de Febrero y 4 de Marzo de 1904, resuelven que cuando se trata de matrimonios anteriores al Código civil, la falta de transcripción de la partida de matrimonio en el Registro civil no alcanza á destruir la legitimidad de la prole.

De aquí se deduce que probado el hecho del matrimonio canónico entre los padres, el acta de nacimiento del hijo como legítimo en el Registro civil, justifica la filiación.

Cuando la inscripción se haya hecho fraudulentamente, ó después de tercero día del nacimiento (que es el plazo legal), sin esperar á la sentencia que debe decidir el caso según el art. 32 del *Reglamento para la ejecución de las leyes de Matrimonio y Registro civil*, no tendrá fuerza ninguna por sí misma, y será preciso probar que la irregularidad cometida no tuvo por objeto hacer un cambio en la condición del hijo; pero ni aun cuando la inscripción se hace en virtud de la sentencia referida, tiene, según los autores, fuerza absoluta más que para los que intervinieron en el juicio (1), de modo que los demás podrán impug-

(1) Laurent, obra citada, núm. 397 del tomo 3.°

narla. Lo mismo podrá decirse respecto á las inscripciones rectificadas según el art. 18 de la ley del Registro.

2.º *Documento auténtico.*—En el lenguaje forense, aceptado por el Código, se entiende por *documento* todo escrito en que se hace constar una disposición ó convenio, ó cualquier otro hecho, para perpetuar su memoria y poderlo acreditar cuando convenga; y se le da el nombre de *auténtico,* cuando, por estar autorizado y expedido por notario, autoridad ú otro funcionario público en el ejercicio de su cargo, reune los requisitos necesarios para que haga fe en juicio. A esta clase de documentos se refiere el art. 115, y no á los privados, los cuales no producen dicho efecto ni pueden tenerse por auténticos mientras no sean reconocidos en forma legal por la parte á quien perjudiquen. Y de la referencia que hace á los artículos 110 al 113 se deduce que, á falta de acta del Registro civil, podrá probarse la filiación de un hijo legítimo con el reconocimiento hecho expresa y deliberadamente por los padres en un documento auténtico. Como tal debe entenderse el testamento ológrafo, después de protocolizado conforme á los artículos 689 y siguientes.

No puede considerarse documento auténtico, según declara la sentencia de 27 de Septiembre de 1895, una solicitud en que el supuesto padre, que niega su autenticidad, pide la admisión de su hija en una Escuela Normal.

Véanse también las sentencias de 28 de Marzo de 1896 y 24 de Enero de 1897, cuya doctrina hemos expuesto anteriormente.

3.º *Sentencia firme.*—La que se dé en los pleitos sobre legitimidad suscitados por el marido, en el caso del art. 108, ó por el marido ó los herederos á tenor de los artículos 111 y 112. Cuando la sentencia, pues, declare insostenible la impugnación y legítimo al hijo, se podrá aducir como prueba de la filiación para todos los efectos de esta condición.

4.º *Posesión constante del estado de hijo legítimo.*—No dice el Código en qué consiste esta posesión, ó sea qué actos la demuestran, dejando así mayor amplitud á la apreciación judicial ante

la variedad de casos. Para determinar ahora por vía de ejemplo alguno de aquéllos, acudiremos á los precedentes españoles y á lo dispuesto en otros Códigos.

El proyecto de 1851, entendiendo bien el sentido de la palabra *posesión*, que, como dice Goyena, equivale al «goce público que todo individuo puede tener del lugar que ocupa en la sociedad y en la familia», declaraba que «se acredita por *una reunión* de circunstancias que concurren á probarla», citando como muestra el *uso constante del apellido del padre con anuencia de éste*, y el trato que como hijo legítimo ha recibido *de su padre, de su familia y del público* (art. 110). Conformaba así el proyecto con varios Códigos extranjeros, que también citan hechos análogos, como el francés (art. 321), el de Luisiana (214), el de Holanda (317) y el de Vaud (170). Todos estos añaden á la circunstancia de que el padre «haya tratado al reclamante como hijo suyo», que haya atendido en concepto de tal «á su educación, manutención y colocación».

A su vez, estos hechos pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios, y consiguientemente por testigos, puesto que, según observa Goyena, aunque el Código (y el proyecto de 1851) pide para este caso un principio de prueba por escrito, es refiriéndose especialmente al caso de no probarse la filiación por los otros dos medios anteriores.

La palabra *constante* que usa el Código para la posesión, quiere decir *continuada*, no *interrumpida*, de modo que haya empezado con el nacimiento del hijo, ó en el momento en que fué conocida su existencia por el padre ó la familia, y que no se perturbe por algún hecho verdaderamente contrario á esta posesión, como sería si el hijo adquiriese un nuevo estado de filiación opuesto al primero; pero no cuando se interrumpe por ausencia en ignorado paradero, cautividad, presunta muerte, etc., en cuyos casos lo único que habrá que probar es la identidad de la persona.

La posesión de estado se ha de referir especialmente al padre, porque la madre es casi siempre manifiestamente conocida

é importa menos para la legitimidad, y por eso se colocan en primer lugar los hechos que arguyen un reconocimiento de aquél; pero á veces será preciso probarla juntamente para la madre, lo cual puede ser también una presunción á favor de la del padre.

Por último, no debe olvidarse que la prueba de posesión de estado ha de utilizarse sólo cuando no existe el acta de nacimiento, por haberse extraviado ó destruído en un incendio, ó tal vez por no haberse inscrito, y no hay tampoco documento auténtico ni sentencia firme.

Con relación á esta materia, y teniendo en cuenta la doctrina de los arts. 115 al 117, combinada con la de los 108 al 111, y 119 al 122, se ha dictado por el Tribunal Supremo la sentencia de 5 de Enero de 1900, en la que se trataba del caso siguiente:

A. y B. mantuvieron varios años relaciones de amor, contrayendo más tarde matrimonio. Poco después, en el año 1878, se inscribió en los libros parroquiales el nacimiento de una niña, que A. presentó como hija suya habida en sus relaciones con B. y nacida en el año 1868. Del matrimonio de A. y B. nacieron otras dos hijas, y la primera, la hija natural, reconocida por el padre y legitimada por el matrimonio, continuó en posesión de este estado, y como hija de A. y de B. contrajo matrimonio en París. A la muerte del padre A., fueron declaradas herederas abintestato del mismo sus tres hijas, y entonces la madre, en nombre de las hijas legítimas, pidió la nulidad de dicha declaración, y á ser preciso, la nulidad y la ineficacia civil de la partida de bautismo de la hija natural, fundándose en que ésta no nació en el año 1868, sino en el 1863, en época en que A. y B. no pudieron tener relaciones, no siendo verdaderamente hija de A., como pretendió justificar con alguna carta, y con una declaración que en pliego reservado dejó escrito el llamado padre para que constasen, después de su muerte, los verdaderos hechos relativos á la primera niña, que en realidad había sido recogida en la casa, y prohijada por cariño solamente y en la creencia en

A. y B. de que no tendrían descendencia, sin que nunca pretendieran siquiera hacerlo de un modo eficaz en derecho, como lo probaba la falta de inscripción en el Registro civil, y no haberse guardado las reglas necesarias para el reconocimiento de un hijo natural.

El Tribunal Supremo establece: Que el reconocimiento de un hijo como natural por los presuntos padres que antes ó después del reconocimiento contraen matrimonio, reviste al hijo del concepto y consideración de legítimo para todos los efectos legales atribuídos á estos hijos (arts. 119, 121 y 122), sin que, supuesto tal reconocimiento, haya en nuestras leyes antiguas ni modernas, precepto alguno que autorice, en perjuicio de aquél una rectificación arbitraria de semejante reconocimiento. Que cuando existe una posesión de estado de tal naturaleza, no aparece tampoco permitida una nueva investigación de la paternidad real de quien tuvo por hijo á la que aquélla disfruta, como no sea para justificar cumplidamente que el hijo legitimado no tenía las condiciones relativas que exige la ley para poder serlo, ó la absoluta de no ser hijo de quien lo reconoció, ó por no haber podido procrearlo, ó por ser hijo de tercera persona, pues que de otra suerte, supuesto el misterio que rodea la paternidad, y la presunción de derecho de su certeza, establecida en la ley por el fundamento del reconocimiento ó de la posesión de estado, no puede legalmente prevalecer contra ella ninguna otra, por vehemente que aparezca. Y que habiendo estado la hija en posesión constante de su estado, como lo probaban hechos posteriores al reconocimiento, y hasta su matrimonio, sin que expresamente en vida del padre se manifestara por éste el propósito de negarle tal carácter, quedaría resentida la virtualidad de los preceptos legales antiguos y modernos aplicables al caso, si se consintiera que el estado de un hijo reconocido, y que, como tal, se halla en posesión del mismo dentro de una familia, pudiese ser anulado sin justificación cumplida, por simples presunciones ó afirmaciones de los padres, posteriores al reconocimiento.

5.° *Otros medios de prueba, habiendo un principio de ella por*

escrito.—Los demás medios de prueba son los referidos en el artículo 578 de la ley de Enjuiciamiento civil. De ellos, constituyen el *principio de prueba por escrito* que exige el Código, los señalados con los números 2.º y 3.º, ó sea *documentos públicos y solemnes* y *documentos privados y correspondencia*, en los casos en que no puedan hacerse valer en el concepto del art. 115, puesto que el acta de nacimiento, los documentos auténticos y las sentencias, son especies de aquéllos.

Los otros medios no escritos son la confesión en juicio, y los testigos principalmente, puesto que el dictamen de peritos se referirá siempre á un escrito, y el reconocimiento judicial no cabe en estos hechos. Para la determinación de cuáles sean los documentos públicos y privados (aparte de los que indica el artículo 115), que pueden servir en juicio y bajo qué condiciones, véanse los arts. 596, 597, 598, 600, 601 y 602 de la ley de Enjuiciamiento civil, y también los artículos 1216 y siguientes de este Código.

El Código francés determina especialmente los documentos en que ha de consistir el principio de prueba por escrito, enumerando los siguientes: títulos de familia, registros y papeles domésticos del padre ó de la madre, actas públicas y las privadas que procedan de cualquiera de las partes que han intervenido en el pleito ó que en caso de vivir tendría interés en él (artículo 324). Lo mismo dicen los de Bélgica y Holanda, y como se ve, en el fondo no van más allá que nuestra ley de Enjuiciamiento civil: podrán emplearse todos esos medios, inclusa la correspondencia ó cartas familiares. La experiencia ha hecho conocer los peligros é inconvenientes de la prueba testifical, sobre todo cuando ha fallecido la persona á quien se atribuye la paternidad, y por esto se exige que haya *un principio de prueba por escrito*, cuando no pueda justificarse la filiación por los medios determinados en los artículos 115 y 116.

Pero nuestro Código comprende una limitación que no es común á todas las leyes civiles: la de exigir ese principio de prueba por escrito que provenga del padre y de la madre conjunta ó

separadamente. La ley de Matrimonio civil no concretaba tanto los términos de su exigencia reclamando sólo para la eficacia de la prueba de testigos, «un principio de prueba documental» (artículo 61), cuya procedencia y límites quedaban así en gran amplitud. Lo mismo dice el Código francés, según el cual, no será preciso que la prueba venga de *ambos padres*, sino de uno solo, como declara expresamente el art. 324. Concuerdan con este sentido el 174 del Código de Italia y otros.

Van más allá otras legislaciones extranjeras, derivando su amplitud del Código Napoleón. No sólo admiten que la prueba documental pueda proceder de uno solo de los padres, sino de otras personas. Así, el mencionado Código admite en aquel concepto «los títulos de familia..., y los documentos públicos y aun privados de las personas que figuren en el litigio ó que en él pudieran tener interés si viviesen» (art. 324). Lo mismo dice el 175 de Italia y otros. El derecho ruso admite también como *prueba plena*, además de las actas auténticas de los registros parroquiales, las de otros, como el de comunión, el padrón de vecinos, etc., que han de completarse con las declaraciones de testigos.

Un paso más en la amplitud de pruebas favorables al hijo es el prescindimiento de toda base documental, como se ve en el Código Napoleón, que admite la prueba de testigos (art. 323) «cuando las presunciones ó indicios resultantes de hechos que constasen son bastante graves para determinar la admisión».

Nuestra ley de Matrimonio civil recogió esta disposición consignándola en el núm. 3.º de su art. 61, y con ella coinciden también el código de Italia (174), y los de Holanda y Bélgica.

Esta libertad es todavía más amplia en otros códigos, como, por ejemplo, el de Luisiana, que admite toda clase de pruebas escritas ú orales; el de Méjico, que acepta todos los medios ordinarios que el derecho establece, y el de Baviera, más radical que ninguno, según el cual se admitía toda clase de pruebas para establecer la paternidad, la filiación, etc.

Un precedente muy español de esta amplitud de defensa se halla en la ley 7.ª, tít. 19, Partida 4.ª, que establece como medios de prueba la *fama* ó voz pública del lugar, «la jura de aquel que se razona por su fijo» ó «cualquier manera otra» por la que pueda saberse; y aunque se deba tener en cuenta la falta en aquellos tiempos de registros, no sólo civiles sino también eclesiásticos, y la escasez de instrucción, que hacía inútil casi siempre toda exigencia de documento escrito procedente de los padres, no es menos de apreciar esa latitud de las Partidas, más recalcada con su mandato de que el juez del lugar debía proceder á la averiguación de la verdad, «sin alongamiento, non guardando la forma de juyzio, que deue ser guardado en los otros pleytos».

Con estos datos, no de teoría, sino de positiva legislación, se comprenderá el carácter restrictivo de nuestro Código, cuyos redactores tuvieron presentes, sin duda, para adoptar este temperamento, las razones de prudencia que siempre en estos casos se alegan para evitar litigios escandalosos ó perturbaciones inútiles y maliciosas en las familias. Aun cuando la realidad abona con hechos de otros países contra este temor, aun pudieran alegarse aquellos motivos para huir de una tan absoluta libertad como la del código bávaro; más no ciertamente para términos medios como el del Código Napoleón y nuestra ley de Matrimonio civil, considerando que las leyes deben tender al favorecimiento de la parte más débil, que es el hijo, y que con Tribunales prudentes y experimentados es más difícil de lo que parece lograr el triunfo de una pretensión contraria á la verdad.

Todavía tiene otra restricción el Código. Las pruebas que admite en el art. 117 valen sólo á falta de las que consignan el 115 y 116, y especialmente por lo que toca al acta de nacimiento, *en defecto* de ella, es decir, cuando se hayan perdido, quemado ó rasgado las hojas del Registro en que constaba; pero olvida otros hechos que, quitando valor al acta, aunque exista, debían consentir la alegación de las pruebas del art. 117, en vez de exponer al hijo á que resultándole inútil aquélla, quede sin defensa.

Podría aquí haberse aprovechado lo prevenido en el código de Luisiana, en el de Méjico y en el de Italia, todos los cuales equiparan al caso de faltar el acta aquellos en que ésta tiene «falsedad ú omisión, en cuanto al nombre de los padres» (Méjico, 338), ó en que «el hijo esté inscrito con un nombre falso ó como nacido de padres desconocidos, ó cuando haya suposición ó sustitución de parto, y aunque en estos dos últimos casos haya un acta de nacimiento conforme á la posesión de estado» (Italia, 174), ó finalmente, cuando además de estos casos, «el hijo ha sido expuesto ó abandonado, ó se ha suprimido su condición» (Luisiana, 215).

Sin duda nuestro Código no ha hecho mención de estos casos por no creerlo necesario: si por falsedad ó por otra causa se declara la nulidad del acta del Registro, ya sea en juicio previo, ya en el mismo de filiación, claro es que semejante acta deja de tener valor y existencia legal, y procede sin género de duda la admisión de los medios de prueba que permite el art. 117 para el caso que no exista el acta de nacimiento ni pueda probarse la filiación por los demás medios que determinan los artículos 115 y 116.

Tampoco dice nada el Código, aunque esto ya se deduce del planteamiento de la cuestión ante los Tribunales, cómo puede hacerse la impugnación á las pretensiones del hijo. Algo hemos dicho antes respecto de la redargüición del acta; pero todavía pudo haberse concretado y aclarado más el asunto con trasladar lo que dicen el art. 325 del Código Napoleón y el 176 del de Italia, según los cuales «la prueba en contrario puede hacerse por todos los medios propios para dejar sentado que el reclamante no es hijo de la madre que pretende sea suya, ó en caso de que la maternidad esté probada, que no es hijo del marido de la madre». El código de Méjico, menos explícito, se contenta con decir que la prueba en contrario puede hacerse por todos los medios establecidos en la ley (art. 339). Lo mismo se deduce del silencio de nuestro Código sobre este punto.

ARTÍCULO 118

La acción que para reclamar su legitimidad compete al hijo dura toda la vida de éste, y se transmitirá á sus herederos si falleciere en la menor edad ó en estado de demencia. En estos casos tendrán los herederos cinco años de término para entablar la acción.

La acción ya entablada por el hijo se transmite por su muerte á los herederos, si antes no hubiese caducado la instancia.

El proyecto de 1851, sin embargo de dar más amplitud á las pruebas en favor de la legitimidad, declaraba la acción *imprescriptible en provecho del hijo* (art. 113). Mediante esta redacción, un poco forzada, el valor absoluto de la palabra *imprescriptible* quedaba limitado por las siguientes: *en su provecho;* y en suma, la imprescriptibilidad se concretaba á la vida del hijo. Tal era la interpretación lógica que abonaba también el texto de los artículos 114 y 115. La ley de Matrimonio civil (art. 62), no era tan clara de redacción en este punto, pues que se limitaba á decir que «es imprescriptible la acción que compete al hijo para reclamar su legitimidad»; con cuya fórmula no resulta de modo tan explícito como fuera de desear que la condición de *imprescriptible* no es de la acción misma en sí, sino con relación á la persona en quien primeramente recae su beneficio, y por tanto, durante la vida de ésta.

El Código actual ha entendido mejor el caso, y así lo demuestra en la redacción del primer extremo del artículo que comentamos. Lo mismo disponen todos los demás códigos.

El acuerdo cesa por lo que toca á los herederos. La mayoría de las legislaciones declaran prescriptibles, en mayor ó menor número de años, la acción que pasa á los herederos del hijo; exceptúase la de Méjico, que la declara también imprescriptible para éstos (art. 341 de su código) cuando son descendientes legítimos de aquél, conformando así con el derecho romano.

El plazo de prescripción varía mucho, y también los casos en que la acción puede pasar á los herederos.

Nuestro proyecto de 1851 fijaba los siguientes: 1.º Cuando el hijo muere antes de los veinticuatro años. 2.º Cuando cayó en demencia antes de esa edad y murió después en el mismo estado. 3.º Cuando el hijo había entablado ya la acción. La ley de Matrimonio civil, aplicando el criterio de la restitución de menores, modificaba el caso primero, extendiéndolo á la muerte antes del quinto año de la mayor edad del hijo, en lo cual se conformaba al Código francés (art. 529) y al italiano (art. 178), entre otros. El artículo que nos ocupa vuelve á lo dispuesto en el proyecto de 1851, con la supresión que hace del plazo de restitución de menores.

No tenemos nada que oponer á este límite, porque siendo materia arbitraria toda la relativa á plazos y fechas de mayoría de edad y discernimiento, cualquiera puede ser igualmente justa ó injusta que las otras. Este defecto es tan inherente, que resulta con sólo pensar que por el mero transcurso de un día en que el menor pasa á mayor edad, si muere aquel mismo día, ya no pueden entablar la acción los herederos; no obstante faltar tiempo hábil para presumir la voluntad de aquél, después de la mayor edad, si es que se considera esta condición como demostrativa de un estado de discernimiento y de libre espontaneidad en la persona.

El caso de demencia nos parece muy justo, aunque hay Códigos, como el italiano, que no lo reconocen.

La continuación por los herederos de la acción que el hijo dejó entablada, es muy lógica; pero el artículo que comentamos resulta algo restrictivo al exigir taxativamente que estuviese ya *entablada*. El proyecto de 1851 decía *intentada*, dando mayor amplitud al caso sin hacer referencia á la caducidad de la instancia (art. 115), como tampoco al plazo de prescripción de la acción cuando compete á los herederos. Fijándolo nuestro artículo, de conformidad con casi todos los extranjeros (el francés, el de Portugal, Guatemala, etc.), aunque no en el número de

años, sigue el criterio que ya exponía Goyena contradiciendo la imprescriptibilidad de la acción que para los herederos otorgaba el derecho romano; puesto que, decía, no es igual el caso para aquéllos que para el hijo: éste «tiene siempre que reivindicar el honor de la legitimidad, al paso que los herederos son casi siempre movidos á intentar esta acción por el cebo de la ganancia». El *casi siempre* limita la injusticia que tal juicio llevaría consigo, y parece que debiera apoyar la imprescriptibilidad, si la condición contraria se fundase sólo en aquella supuesta mala fe ó codicia; porque, ¿cómo en derecho puede prevalecer una regla que contradice todas las ordinariamente reconocidas, según las cuales la buena fe, la honradez y la honestidad de las personas se presume siempre, salvo prueba en contrario?

La referencia que hace el Código á la *caducidad de la instancia*, se resuelve mediante la ley de Enjuiciamiento civil, cuyo título 10 del libro 1.º debe tenerse en cuenta en su texto, y en los comentarios del Sr. Manresa que tanto esclarecen el sentido de la ley.

Réstanos sólo explicar una palabra del artículo que puede ofrecer dudas. Dice que la acción se transmitirá á los *herederos* del hijo. ¿A qué herederos se refiere? La situación del hijo, cuya filiación legítima se discute, es indecisa, y según el éxito del litigio así variarán las consecuencias, y, por tanto, las personas que vengan á ser sus herederos. Ahora bien; el Código no puede aludir más que á los herederos que hayan de serlo en caso de declararse la legitimidad del hijo, ó á los que de todos modos, sea legítimo ó ilegítimo, le heredan, como son sus hijos; porque unos y otros pueden tener interés real en aquella declaración. El caso contrario no se dará probablemente nunca, á saber: que herederos que lo fuesen antes de haberse declarado la legitimidad y dejasen de serlo una vez obtenida, pleiteen por ella cuando ha de venirles perjuicio material. Si alguno de éstos, no obstante, celoso del buen nombre de su causahabiente, prefiriera la reivindicación de aquel derecho al beneficio de los bienes, entendemos que no hay dificultad ninguna en que se le admita la acción.

CAPÍTULO III

De los hijos legitimados.

Terminada la doctrina referente á los hijos legítimos, pasa el Código á tratar de una segunda clase de filiación legal, la más próxima á la legitima, puesto que los en ella comprendidos se igualan, en la mayoría de los casos, con los hijos que gozan de la primera.

Constituye así la legitimación un remedio, mediante el cual, los que de hecho no nacieron de matrimonio y debían por lo tanto ser tenidos por hijos ilegítimos, se finge que no lo son, suponiendo que nacieron estando sus padres casados. Tal carácter tenía en el derecho romano, que para mayor verdad hubo de fundar sus principios en el hecho real de un matrimonio posterior de los padres, cuyos efectos se retrotraían para favorecer al nacido antes de él.

Se comprende, por tanto, que no todos los hijos nacidos fuera de matrimonio pueden aspirar á la legitimación; porque la ficción en que ésta descansa, á saber, que los padres podían estar casados uno con otro al ser concebido el legitimado, no tiene fuerza sino cuando la posibilidad de aquel hecho es real; y no comprende, por tanto, los casos en que por ser uno de los padres (ó ambos) en aquella época casado, ó profeso en religión, ó existir entre ellos lazo de parentesco no dispensable, el casamiento era imposible.

Con estos fundamentos viene á desarrollarse la doctrina de la filiación, en que el Código altera en parte el principio de derecho con que originariamente hubo de establecerse.

ARTÍCULO 119

Sólo podrán ser legitimados los hijos naturales.

Son hijos naturales los nacidos, fuera de matrimo-

nio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa ó con ella.

I

Clasificación de los hijos ilegítimos.

Comienza este artículo estableciendo un límite al beneficio de la legitimación, haciéndolo aplicable sólo á los hijos que se llaman *naturales*, cuya definición acompaña para distinguirlos de los demás nacidos fuera de matrimonio.

La clasificación de éstos se ha hecho siempre en consideración al estado de los padres; pero no todas las leyes concuerdan en el número de las clases y en su consideración jurídica. La ley de Partidas (1.ª, tít. 15, Partida 4.ª) distinguía los siguientes grados: *naturales*, los que no nacen de matrimonio según ley, y los de barragana; *fornerinos*, los adulterinos, incestuosos y sacrílegos; *mánceres*, los nacidos de prostituta; y *spurii*, los habidos en *barraganas de fuera de su casa* (la concubina *no retenta in domo*, que se supone traída por primera vez á la ley en la de Toro). Luego menciona de nuevo á los adulterinos, llamándoles *notos;* á los nacidos de padres entre los que existe algún impedimento para el matrimonio, aunque sea desconocido de ambos, y á los de hombre casado en mujer soltera (ley 2.ª, tít. 15, Partida 4.ª).

Esta clasificación es en el fondo la que ha continuado después en nuestras leyes, con la sola diferencia de acentuar mucho la distinción entre los estrictamente *naturales* y los demás, formando de aquéllos un grado especialísimo. Para esto fué necesario determinar con toda claridad los caracteres que los distinguen, y eso fué lo que hizo la ley 11 de Toro. El Código sigue esta misma doctrina, y la clasificación que del contexto de sus artículos se deduce, es la que divide á los ilegítimos en dos grandes grupos: *naturales* y *espúreos*, designando con este segundo nombre á los adulterinos, incestuosos, sacrílegos y mánceres; es

decir, á todos los que no pueden ser considerados propiamente como *naturales*.

Aquí concluyen las concordancias del Código con el derecho español antiguo. Las diferencias, en cambio, son grandes: se refieren al alcance de la legitimación y al concepto de hijos naturales. Empecemos por éste para poder mejor comprender la novedad del primer precepto.

II

Concepto de hijos naturales.

El texto fundamental de nuestro derecho, por lo que toca á este punto, es la ley 11 de Toro, que pasó luego á ser 1.ª del título 5.º, libro 10 de la Novísima Recopilación. Según ella, eran *naturales* aquellos cuyos padres, *al tiempo de la concepción ó del nacimiento* de los hijos, podían casar con las madres de éstos, *justamente sin dispensación*. Quedaban, por lo tanto, excluídos los de padres entre quienes mediase algún impedimento, dispensable ó no, para el matrimonio; pero en cambio se incluían, mediante la aceptación de los dos momentos de la *concepción* y del *parto*, hijos que atendiendo sólo al primero podían calificarse como ilegítimos de otro grupo: así, v. gr., los concebidos en adulterio, cuando los padres conseguían casarse ó eran libres del matrimonio anterior al tiempo del nacimiento.

Ambos peligros parece evitar el Código con su definición de hijos naturales, puesto que atendiendo sólo al momento de la concepción, impide que se consideren como naturales á los que de hecho son adulterinos; y mediante las palabras *con dispensa ó sin ella*, incluye los casos en que los padres tuvieran impedimento dispensable: librando así á estos hijos del dictado de incestuosos en que caerían muchas veces, y permitiendo que sean legitimados de un modo normal.

Esta segunda parte de la doctrina no es, sin embargo, enteramente nueva en nuestro derecho. Una Real cédula de 6 de

Julio de 1803 reconoció que podían ser legitimados los hijos incestuosos por mediar impedimento de parentesco entre los padres, cuando éstos se casaban con dispensa apostólica del mencionado impedimento; lo mismo repitió otra Real cédula de 11 de Enero de 1837, y vino á ser sancionado por sentencia del Tribunal Supremo dada en 20 de Junio de 1865. Igual doctrina se reconocía en el art. 118 del proyecto de 1851.

La época de la concepción se determinará aplicando la regla del art. 108 (párrafo 2.º), es decir, atendiendo á los ciento veinte días primeros de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento; y si en cualquier día de esos ciento veinte pudieran los padres casarse, con dispensa ó sin ella, el hijo será natural.

El dictamen médico, que el Código no rechaza, y que puede, por tanto, considerarse admisible, no será útil en la mayoría de los casos, á menos de aprovechar los primeros meses de vida del nacido, en los cuales son fáciles de observar los signos de su desarrollo y deducir la época ó plazo de su vida intrauterina.

Son dos, pues, y muy radicales, las diferencias entre el Código y la célebre ley 11 de Toro. La primera consiste en haber hecho desaparecer la dualidad de términos, conservando aquel que propiamente caracteriza al hijo, que es el de la concepción; y la segunda, en favorecer á los que tienen sólo impedimento *dispensable* en la fecha de la concepción, igualándolos, en punto al estado de sus hijos, con los que pudieron casarse libremente, por no mediar entre ellos impedimento. La definición del Código tiene, por tanto, muchas ventajas sobre la de la ley de Toro, y excluye las dudas que ésta promovía en su aplicación.

Conviene todavía tener en cuenta unas palabras del artículo que comentamos, que alcanzan significación especial ligada al contexto de otros anteriores. Dice el 119, que naturales son *los nacidos fuera de matrimonio;* y no podía decir los *concebidos fuera de matrimonio*, aunque éstos sean también originariamente *naturales* (ó tal vez ilegítimos), porque tienen á su favor otro medio de hacerse legítimos si vienen á nacer dentro de matrimonio; ya sea éste de ambos padres entre sí, ya de la madre con un ter-

cero que se conforme á reconocer al hijo como suyo, en los términos del art. 110.

La naturalidad pide que el nacimiento se realice fuera de matrimonio, y por esto no puede impugnarse ninguno de los actos del mencionado artículo, según hicimos notar, porque no hay en ellos elemento ninguno de *legitimación*.

Todas estas condiciones que se exigen para la calificación de natural, parece que deben ser *probadas* en el caso de legitimación por el que alega ó solicita este beneficio. Hay, sin embargo, jurisprudencia que decide en contra respecto de la libertad de casarse los padres en la época de la concepción, que, á tenor de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Octubre de 1882, se presume, una vez probada la filiación y salvo otra prueba en contrario, que incumbe á los demás interesados en el asunto; apóyase dicha sentencia en «el principio de derecho penal de que el delito no se presume jamás, y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consignada en sentencia de 12 de Noviembre de 1858, que al ocuparse de la bastardía natural, forma siempre presunción en contra del dañado y punible ayuntamiento, consignando que en caso de duda debe conceptuarse natural al hijo, porque declarado el primer concepto expresado, relativo á la filiación, se presume por derecho que ellos pertenecen á la clase más general de ilegítimos, ó que sus progenitores no eran inhábiles para el matrimonio, mientras no se comprobara lo contrario».

En efecto; nótese que el reconocimiento de los padres, que ha de ser alegado por éstos ó por los hijos, no indicará, las más de las veces, sino el hecho de la filiación admitida y no la clase de ésta, por lo cual se hace posible, no mediando impugnación, que se legitimen hijos no naturales, lo cual es, sin duda, contrario al precepto terminante de este artículo; pero cuando el interés privado calla en cosa que á él sólo toca directamente, ¿va la ley á ser más rigurosa por cuenta propia? Así es que, por más que parezca algo arriesgada la doctrina de las citadas sentencias, nosotros, mirando al beneficio del hijo, nos adherimos á ella por completo.

La importantísima sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Octubre de 1906 declara aplicable en Navarra, como legislación supletoria, el art. 119, en relación con el 129, del Código civil, y no el Derecho romano, cuyo concepto del hijo natural es abiertamente contrario al sentido y espíritu del Derecho canónico, al de la legislación común y al de las ideas reinantes en las costumbres sociales; si las leyes romanas, como la Partida, llaman exclusivamente naturales á los hijos de concubina tenida en determinadas condiciones, es por la sanción que prestan á uniones de esa naturaleza, desterradas ya de las costumbres y de las modernas legislaciones, sanción hoy insostenible por ser contraria á las ideas reinantes en unas y otras, inspiradas en moralidad más pura que las que en aquel tiempo dieron vida á la institución del concubinato.

III

Alcance de la legitimación.

En términos generales, sólo los hijos naturales, comprendidos en la definición del párrafo segundo, podrán ser legitimados.

El Código es aquí más restrictivo que nuestra legislación anterior y la de otros países. El Fuero Real, en su ley 17 del título 6.º, libro 3.º, parece admitir la legitimación de todos los hijos que no son de matrimonio solemne, atribuyendo esta merced á concesión del Rey, y para el efecto de heredar «é para las otras cosas temporales». La ley 4.ª, tít. 15, Partida 4.ª, coincide en lo mismo; de una parte, porque el título á que pertenece se refiere tanto á los naturales como á todos los no legítimos; y de otra, porque la misma ley habla de legitimación de los hijos de clérigo ó lego, en general, diciendo que así como el Papa puede dispensarles la irregularidad que tienen para los oficios eclesiásticos, el Emperador ó Rey puede también legitimarlos «quanto en la temporal jurisdicción». La misma ley de Toro, por su definición más amplia de los hijos *naturales*, venía en la prác-

tica á permitir la legitimación de hijos que de hecho eran adulterinos ó de otra condición espúrea.

Los Códigos modernos extranjeros ofrecen gran variedad en este punto. Muchos de ellos (los de Portugal, Uruguay, Argentina, Italia, Méjico, Holanda, Guatemala), concuerdan con el que comentamos. Otros son más rigurosos: así el derecho ruso, que declara en el art. 132 de la Compilación de leyes civiles comunes, que el hijo nacido fuera de matrimonio continúa siendo ilegítimo, aunque sus padres contraigan luego una unión legal; y el derecho inglés, que le declara *filius nullius*, no reconociéndolo ni como hijo natural de la madre, y haciendo imposible toda legitimación, á menos que un acta del Parlamento no modifique su estado.

Pero contra este excesivo rigor hay legislaciones que llegan hasta el radicalismo de la benignidad.

El Código francés (art. 331) y el novísimo de Suiza (artículo 304), permiten la legitimación por subsiguiente matrimonio para todos los nacidos fuera de él, excepto los adulterinos é incestuosos, con lo cual los *mánceres* y los *sacrílegos* tienen opción á ser legitimados. Por lo que hace á los primeros, también los admite nuestro Código, puesto que siendo la madre prostituta y y el padre soltero, podían casarse; y si bien la incertidumbre de la paternidad puede subsistir, dadas las condiciones de vida de la madre, la ley no puede oponerse á que un hombre la asuma, por creerse de hecho el padre, ó por amor á la madre, y que legitime al hijo mediante matrimonio. Tal era el sentido de las leyes de Toro, declarado por un comentarista bajo la autoridad de Baldo, con estas palabras: *Vulgo conceptus si per confessionem patris et matris constat quod est eorum filius, legitimabitur per subsequens matrimonium.*

La ley más radical en este punto era la de Sajonia, cuyo código, rompiendo con todas las preocupaciones aún subsistentes contra los hijos ilegítimos—en cuya cabeza recae toda la inmoralidad de la relación que les ha producido—, consideraba susceptibles de legitimación á todos ellos, ya mediante subsiguiente

matrimonio, ya por concesión Real *(rescriptum princịpis)*, y les concedía, además, iguales derechos que á los legítimos. El fondo de justicia que hay en semejante resolución del problema, y que, mirado éste desde el punto de vista del hijo se impone á todo hombre que tenga sentimientos de equidad y de rectitud, no sería bastante para darle vida en una sociedad como la nuestra, donde aquellos mencionados prejuicios están muy arraigados, aunque no lo esté de igual modo el grado de moralidad suficiente para evitar que muchas de las relaciones ilícitas se produzcan.

A los mismos redactores del Código imperial alemán ha debido parecer atrevida la solución del de Sajonia, pues en el artículo 1732 de aquél, hacen inadmisible la declaración de legitimidad, cuando al tiempo de la concepción del hijo estuviese prohibido el matrimonio entre su padre y su madre, por parentesco ó afinidad.

Pero no obstante que nuestro Código resulta, según el tenor literal del presente artículo, más limitado que otros modernos, en realidad, y merced á concesiones al parecer insignificantes, que luego examinaremos, puede tal vez permitir legitimaciones de hijos que de hecho no son naturales. Este comentario, pues, debe completarse con otros posteriores, y en especial el del artículo 130.

Siendo distinto actualmente el concepto de hijos naturales que el derivado de la ley 11 de Toro, puede ocurrir la duda de si un hijo habido de hombre casado y mujer soltera, nacido antes de regir el Código, y por tanto natural según la anterior legislación, podrá ser legitimado hoy, que, con arreglo al art. 119, no tienen tales hijos esa consideración.

Este caso ha sido resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de Abril de 1898, en la que se establece la siguiente doctrina: «Si bien el Código actual, en el párrafo segundo del artículo 119, restringe el concepto de los hijos naturales con relación á la ley 11 de Toro, los términos absolutos del primer párrafo no autorizan para excluir del beneficio de la legitimación

á estos hijos, y mucho menos teniendo en cuenta los preceptos de las reglas 1.ª y 4.ª transitorias, según las que es forzoso reconocerles todas las consecuencias civiles que se derivan de su condición, entre las que se encuentra la de su capacidad para poder ser legitimados por subsiguiente matrimonio.» La misma doctrina se sostiene en las sentencias de 29 de Noviembre de 1899 y 16 de Enero de 1900.

En todos estos casos se trataba de hijos que merecían el concepto de naturales, según la antigua legislación, por haber sido concebidos ó haber nacido de padres que en uno ú otro momento podían haberse casado sin dispensa. Al ser ésta necesaria, la sentencia de 9 de Abril de 1904, sienta la siguiente doctrina: Es imposible aplicar el párrafo segundo de la primera regla transitoria, á los hijos nacidos antes de regir el Código de padres que no podían casarse sin dispensa: La declaración de esa regla, no puede entenderse respecto á lo que constituye esencialmente la personalidad del sujeto desde el instante en que nace, por ser la que tiene que servir de base para la adquisición de determinados beneficios con el carácter de derechos, y hubiera sido menester, en consonancia con lo que preceptúa el art. 3.º del Código, que resolución tan transcendental como la de convertir en hijos naturales á aquéllos que no lo eran ni podían serlo con arreglo á la legislación anterior, se hubiera consignado explícitamente, dadas las consecuencias que había de producir en las relaciones familiares y sociales.

IV

Cuestiones.

Declarado ya el sentido general del artículo que comentamos, debemos completar la doctrina con el examen de algunas cuestiones á que puede dar lugar su aplicación.

1.ª Puesto que los padres han de ser libres para casarse *con dispensa ó sin ella* en el tiempo de la concepción del hijo, para que éste se repute natural, ¿se comprenden aquí sólo los impe-

dimentos dispensables por la ley canónica ó civil? La cuestión surge á propósito del impedimento no dispensable que existe entre «el tutor y sus descendientes con las personas que tenga ó haya tenido en guarda, hasta que fenecida la tutela se aprueben las cuentas de su cargo» (núm. 3.º del art. 45). Este impedimento no puede dispensarlo más que el padre del sujeto á tutela, «autorizando el matrimonio en testamento ó escritura pública.» Ahora bien: cuando media esta autorización, el hijo concebido fuera de matrimonio está comprendido en el párrafo segundo del artículo que comentamos. Esto no admite duda. Pero cuando no la hay, y dada la posibilidad de haberla, ¿se debe fingir ó presumir, con objeto de que el hijo sea considerado como natural en vez de ilegítimo de peor condición? Nos parece que sí, dados los términos del citado párrafo, cuyo sentido incluye á todos aquellos que en el tiempo de la concepción podían haberse casado con *dispensa;* es decir, aquellos entre los cuales mediaba un impedimento, aunque no dispensado, *posible de dispensar*. Y como el que media entre el tutor y sus descendientes y la persona sujeta á guarda, lo es, no hay razón para excluir el caso. Así, creemos infundadas las dudas que á este propósito aduce un comentarista moderno.

2.ª No obstante el precepto terminante de este artículo, ¿podrán ser legitimados hijos que no sean naturales? Ya hemos apuntado algo á este propósito, dejando ver el temor de que así ocurra, no en virtud de la interpretación del presente artículo, sino por la aplicación de jurisprudencias (ya citadas), que suplen un silencio del Código, ó por la fuerza legal de otros artículos posteriores, que ya examinaremos. Pero algunos comentaristas plantean aquí varios casos que conviene aclarar.

Cuando dos personas procrean un hijo adulterino, incestuoso ó sacrílego, y después de su nacimiento se casan sin haber desaparecido el impedimento, engendrando otro hijo en matrimonio, se pregunta si, considerándose este segundo como legítimo, aun cuando el matrimonio de los padres es nulo (art. 69), es posible considerar de igual modo al primero.

El razonamiento de los que opinan por la afirmativa, como Goyena, se apoya en la disposición legal (art. 69 del Código) que dispone no perjudique el matrimonio nulo á los efectos civiles respecto de los hijos, «sin distinguir, añade Goyena, entre los habidos antes y después»: y el primer efecto es la legitimidad de aquéllos. El argumento que parece al Sr. Navarro Amandi poderoso, no es, sin embargo, enteramente conforme con la exactitud legal. El art. 69, aunque no lo dice, no se puede referir más que á los hijos concebidos ó nacidos en matrimonio; es decir, después de contraído éste: de ningún modo á los nacidos antes, porque éstos caen bajo la aplicación del art. 119, que ha de tenerse en cuenta para fijar todo el alcance de aquél. El matrimonio no legitima por sí sólo más que á los nacidos en él, aunque hayan sido concebidos antes; y para que legitime á los anteriormente nacidos, es preciso que concurra en ellos la condición de naturales y el reconocimiento de los padres: de modo, que sólo concurriendo estos dos requisitos pueden ser legitimados. Toda otra interpretación respeeto á la fuerza *ipso jure* del matrimonio subsiguiente, y más cuando éste es nulo, se sale de los términos de la ley. Lo mismo sucedería cuando el casamiento se verificara válidamente por haber desaparecido el impedimento que hubo al tiempo de la concepción del nacido antes: el único recurso utilizable nos parece ser que los padres intenten la legitimación reconociendo al hijo, logrando evitar la impugnación, y alegando la fuerza presuntiva que da á la filiación natural la citada sentencia de 11 de Octubre de 1882.

3.ª Otro valor y consistencia tiene la cuestión de determinar si la ignorancia concurrente en ambos padres, ó en uno solo, del impedimento no dispensable que mediaba para el matrimonio en la época de la concepción, ó sea la buena fe de los padres, hace natural al hijo, de modo que pueda ser legitimado por el casamiento posterior de sus padres, efectuado cuando ha desaparecido el impedimento. En derecho francés hay jurisprudencia contraria á la interpretación afirmativa; pero, en cambio, la opinión de muchos autores respetables está en favor de ella.

Basilio Ponce dice que los padres colocados en aquella situación son capaces por su buena fe; y que debiendo mirarse el matrimonio como celebrado en el tiempo de la concepción del hijo, éste ha de considerarse como legítimo, puesto que si de hecho se hubiera contraído el matrimonio, la buena fe de los padres lo hacía, sin reserva ninguna, de tal condición; y ya que la ley equipara la posibilidad de casarse los padres al hecho de haberse casado, es lógico que acepte todas las consecuencias, en especial cuando favorecen al hijo sin grave daño de tercero.

Esta opinión hállase confirmada con la de Pottier y Escriche, respecto de un caso análogo. Cuando una mujer, creyendo que su marido no existe por haber recibido pruebas bastantes de su muerte, procrea un hijo y contrae después matrimonio con el padre de éste, el hijo, en opinión de los citados autores, se legitima.

La razón que da Pottier es que no hay adulterio en este caso, porque falta la mala fe: *adulterium sine dolo malo non committitur*; y Escriche dice: «La mujer, en este caso, es viuda en su opinión y en la del público, opinión legítima y bien fundada, y el hombre que con ella traba relaciones es también viudo ó soltero; estas relaciones, pues, no pueden tener el concepto de adulterinas, sino que deben reputarse de la misma clase que las habidas entre personas solteras ó libres, y los hijos que fueran fruto de ellas se legitimarán, de consiguiente, por el matrimonio que los padres contrajeren entre sí, después de la muerte real del marido de la mujer.»

La misma buena fe y creencia de posibilidad de matrimonio existe cuando los padres ignoran el impedimento; y la interpretación debe ser igual en este caso. Si es conocido de uno de ellos. la cuestión resulta más compleja, puesto que de un lado hay ilicitud en la unión y de otro no; pero siendo lógico y conforme á las reglas de derecho presumir que el otro padre no hubiese accedido á la unión caso de haber conocido el impedimento, y que, por el contrario, se ha prestado á ella no figurándose que éste existía, es de equidad que su buena fe, ocasión de haberse en-

gendrado el hijo, aproveche á éste, en vez de perjudicarle la mala fe del otro.

Es cierto que, dentro de los términos del Código, semejante interpretación de este caso no tiene fuerza alguna; pero indica un vacío que sería justo llenar en la reforma futura de la ley. En efecto, con arreglo al Código, se presume legítimo el hijo nacido de un matrimonio nulo, y por tanto, de padres que al tiempo de su concepción, no podían casarse legalmente (artículo 69). En cambio, ese mismo hijo, al nacer fuera de matrimonio, no puede ser considerado como natural, si el impedimento no fuere dispensable (art. 119). De aquí las dudas á que antes nos hemos referido. Entre unos y otros, media el matrimonio y el nacimiento del hijo dentro de él, en el caso del art. 69, pero el matrimonio es nulo, por lo que en suma viene á premiarse la buena fe de los cónyuges, ó en último término, la completa inocencia del sér que nace. Pero ésta existe también en el hijo ilegítimo, y la buena fe puede existir en los padres ó en alguno de ellos. Sólo cabe extender el concepto de hijos naturales á los nacidos de padres que los procrearon en la creencia de no existir impedimento alguno entre ellos para contraer matrimonio, siempre que se justificase este extremo. Más allá no puede irse, á no borrar toda distinción entre los hijos. Siempre, aunque nulo, mediará el matrimonio entre los hijos á que se refiere el artículo 69, y los definidos en el 119, matrimonio, que la ley, como hemos dicho en otro lugar, no considera inexistente, puesto que siempre, en más ó menos escala, le reconoce determinados efectos civiles.

ARTÍCULO 120

La legitimación tendrá lugar:

1.º Por el subsiguiente matrimonio de los padres.

2.º Por concesión Real.

Fíjanse en este artículo los modos de efectuarse la legitimación, y para ello los redactores del Código se han sujetado á la base 5.ª, votada en Cortes.

Los dos que se aceptan eran conocidos en Derecho romano; pero ya en él obedecían á distinto criterio. La legitimación por subsiguiente matrimonio, establecida provisionalmente por Constantino (1) para fomentar los casamientos, no hace sino reconocer la voluntad de los padres expresada en el hecho mismo del matrimonio, y tiene así una base real en éste, cuya fuerza amplía hasta hacer que convalide un hecho anterior que tiene con él relación inmediata. Al recoger este medio el derecho canónico y aceptarlo con carácter general, declaró su razón en las conocidas palabras de la Decretal *Extra qui filii sint legitime*, del Papa Alejandro III (1172): «*Tanta est vis matrimonii ut qui antea sunt geniti contractum matrimonium habeantur legitime.*»

La legitimación por concesión Real, ó por rescripto del Príncipe, según se decía en el derecho de Roma, es una simple gracia del Jefe del Estado, sin hecho alguno en que apoyarse más que la voluntad del que la solicita y la imposibilidad de aplicar el otro medio. En estas condiciones no encontramos inconveniente, sino muy útil, su admisión, porque con él se atiende á favorecer al hijo cuyo interés principalmente debe cuidarse en estos casos facilitándole la mejora de estado cuando por subsiguiente matrimonio de los padres no puede realizarse actualmente, aunque de hecho, viviendo los dos padres, podía tener lugar. Al admitirla el nuevo Código ha seguido la tradición de nuestro antiguo derecho (ley 4.ª, tít. 15, Partida 4.ª). También está admitida la legitimación por rescripto del Príncipe en los Códigos de Italia, Holanda, Baviera, Prusia, Rusia y otros.

El único motivo que puede inducir á rechazar este medio, procede de otro orden de consideraciones que el de puro derecho civil. Consideran algunos que es incompatible con las instituciones políticas modernas, puesto que viene á conceder al Poder ejecutivo funciones ajenas á su cargo y que pueden asimilarse á las legislativas. Esta doctrina, en cuyo sentido general estamos conformes, no se dirige particularmente á la legitimación,

(1) Código, ley 5.ª tít. 27, lib. 3.º

sino á todas las demás concesiones que hoy hace el mencionado Poder y que significan dispensas de ley ó excepciones á la regla general de derecho que obliga á todos los nacionales. Pero se ha salvado el principio autorizando por una ley al Rey ó al Poder ejecutivo para esas dispensas, como se hizo por la de 14 de Abril de 1838, llamada de *gracias al sacar*, porque no pueden obtenerse las dispensas de ley que en ella se enumeran, y entre las cuales se menciona la legitimación de hijos naturales, sin pagar al Tesoro los derechos establecidos, y de cuyo pago no puede relevar el Gobierno sin el concurso de las Cortes, como se previno en dicha ley.

Si no existiera esa facultad concedida al Poder ejecutivo, debería adoptarse otro medio equivalente que permitiese legitimar cuando el matrimonio es imposible. Lo rechazan en la forma actual nuestro proyecto de 1851 (art. 118) y los Códigos de Portugal, Uruguay, Méjico, Argentina, Guatemala, Francia y Suiza; y la razón que principalmente ha contribuído á suprimirlo es la de haberse realizado á su sombra muchos abusos, legitimando á hijos adulterinos, incestuosos, etc. Esto arguye, cuando más, una mala organización en el procedimiento para obtener aquella gracia, pero no puede alcanzar á la institución en sí misma, que como remedio á los casos en que no es posible el matrimonio, tiene valor y utilidad innegables. Por esto no se han confirmado las palabras que el Sr. Gutiérrez decía á su propósito hace veintiocho años: «La ciencia no le presta en el día su apoyo; los abusos cometidos á su sombra han producido casi su descrédito, y aunque subsiste y se concede, no sabemos si podrá resistir la primera reforma de nuestras leyes» (1).

El Código civil suizo, rechazando la legitimación por concesión real, acepta, sin embargo, un medio análogo para cuando el matrimonio es imposible. El hijo de padres que se han prometido en matrimonio (dice el art. 67), pero que no han podido ce-

---

(1) *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español.* Madrid, 1862, página 582 del tomo I.

lebrarlo á consecuencia del fallecimiento de uno de ellos ó de la pérdida de la capacidad exigida para contraerlo, será legitimado por el juez á petición del otro prometido ó del hijo mismo.

Tanto el primero como el segundo medio de legitimación tienen precedentes muy antiguos en nuestro derecho. El subsiguiente matrimonio figura ya en la ley 2.ª, tít. 6.º, libro 3.º del Fuero Real, y en la 1.ª, tít. 13, de la Partida 4.ª, que traduce las primeras palabras de la decretal de Alejandro III.

La concesión Real figura también en la ley 17, tít. 6.º, libro 3.º del Fuero Real, y en la ley 4.ª, tít. 15, Partida 4.ª, de que ya hemos hablado. Ultimamente se reglamentó este punto en la ley de 14 de Abril de 1888 antes citada. En su virtud, «el Rey resuelve todas las instancias sobre legitimaciones de los hijos naturales», para lo cual «deberán concurrir motivos justos y razonables justificados debidamente» (art. 2.º). Estos motivos son las condiciones para otorgar la concesión Real que fija el Código en su art. 125. También deberá tenerse en cuenta lo que dice la ley de Enjuiciamiento civil tocante á informaciones para dispensa de ley (tít. 8.º del libro 3.º, primera parte.)

Aparte de estos dos medios de legitimación, las Partidas, siguiendo en algo al Derecho romano, admitían otros de que prescinden las legislaciones modernas. Tales eran el de dar al hijo, previo reconocimiento público, *á servicio* del Rey ó de concejo (ley 5.ª, tít. 15, Partida 4.ª), medio equivalente á la *oblación á la curia*, introducida por Teodosio el Joven, y que podía ejercitarse aunque existieran otros hijos de mujer legítima, con tal que la manceba no fuese sierva; el de reconocerlo y declarar en testamento la voluntad de que sea considerado como legítimo (ley 6.ª del mismo título y Partida), cuya disposición procede de la Novela 74, cap. 2.º, y se reduce á una merced Real, puesto que de ella pende la confirmación del testamento; el de hacer igual declaración en carta ó escritura pública ante notario ó tres testigos (ley 7.ª), cuyo procedimiento legitimaba, no sólo al hijo nominativamente designado, sino también á todos sus hermanos, si los tuviese; y por último, el casamiento de hija natu-

ral con *oficial de alguna ciudad ó villa* (ley 8.ª), acto que bastaba para legitimarla.

Los dos medios más racionales de estos varios, á saber, los que consignan las leyes 6.ª y 7.ª, están de hecho reconocidos en nuestro Código, según veremos en el comentario del art. 126, con la sola diferencia de que la escritura es ahora punto de partida para una concesión Real, mientras que en la citada ley 7.ª tenía fuerza propia, valedera *ipso jure*, de modo que el reconocimiento y la legitimación eran actos conjuntos, como hoy admite más explícitamente la legislación de Arizona.

Igual latitud conceden otros Estados del Norte América al disponer que el simple reconocimiento de un hijo ilegítimo hecho públicamente por su padre (y con el consentimiento de la mujer de éste, si es casado), recibiéndolo como propio en la familia ó tratándolo como legítimo, lo hace de esta condición (Nevada, Dakota, Idaho y California). Las legislaciones de los Estados Unidos son, en general, las más liberales y favorables para el hijo.

Una vez efectuada la legitimación, constituirá el objeto de una anotación marginal en el Registro civil, á tenor de los artículos 60 de la ley y 55 del reglamento de 19 de Diciembre de 1870.

ARTÍCULO 121

Sólo se considerarán legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos que hayan sido reconocidos por los padres antes ó después de celebrado.

Dos cosas hay que considerar en este artículo: una es la forma en que ha de hacerse el reconocimiento; y otra, el tiempo en que debe hacerse. En ambas importa señalar las diferencias y concordancias entre el Código y las leyes anteriores. Pero antes conviene dilucidar una cuestión general, cual es la del alcance y pertinencia de lo aquí preceptuado, como condición necesaria para verificar la legitimación.

El tenor literal del artículo hace presumir que si hay varios hijos naturales, sólo serán legitimados por subsiguiente matrimonio aquellos que individualmente hubiesen sido reconocidos por los padres; con lo cual llegará tal vez á producirse una desigualdad injusta entre ellos, si no han sido reconocidos todos. No puede creerse que los redactores del Código hayan querido provocar esta consecuencia, y hay que examinar despacio la duda, buscando otros elementos de interpretación diferentes de la letra del artículo.

En el proyecto de 1851 existía el mismo precepto (art. 119), y Goyena lo explicaba del siguiente modo: «El subsiguiente matrimonio legitimaba hasta ahora *de pleno derecho*, porque estando permitida la investigación de la paternidad natural, podía el hijo probarla aun después de celebrado el matrimonio y á pesar de la prohibición de los padres. Ahora está prohibida hasta la investigación de la maternidad, según el art. 127: no hay hijo natural sin el reconocimiento previo y voluntario.»

Si tal es, como parece ser en muchos de los Códigos extranjeros que piden también esta condición, el único motivo (1) de proclamar semejante precepto, no tiene ahora valor alguno, puesto que en nuestro Código está permitida la investigación de la maternidad, según la base 4.ª, y de hecho puede producirse también de la paternidad.

El motivo del Código ha sido de otro género, y consiste en que para ser considerado hijo natural se requiere el previo reconocimiento, y como sólo los hijos naturales pueden ser legitimados, el reconocimiento viene á ser una condición previa para este último acto. Parecerá así el artículo que comentamos una redundancia; pero no por justificarse elude el problema que planteamos respecto de la posible desigualdad de los hijos.

(1) Las leyes de Toro se fundaron en otro, que era la imposibilidad de conocer la prole cuando la concubina no vivía en la casa del padre. Cuando así suceda ahora, la razón es igual; pero cuando vivan ó hayan vivido juntos en la época de concepción y nacimiento, la diferencia de situación no trae consigo diferencia de formalidades, y se pedirá también el hecho del reconocimiento, que las más veces existirá en la forma de posesión de estado.

Es verdad que contra olvidos injustificados tienen los hijos el remedio de obligar á que se les reconozca, según el tenor de los arts. 135 y 136; pero como respecto del padre (excepto en los casos de violación, estupro ó rapto), lo que se pide y se puede realmente obtener es la fuerza legal de un reconocimiento voluntario anterior, la ventaja del hijo no reconocido se amengua, y la indefensión será absoluta cuando careciese del escrito ó de la posesión de estado que mencionan los números 1.º y 2.º del artículo 135.

Tratándose, pues, de hijos naturales (contra quienes no concurren los prejuicios que pesan sobre otros ilegítimos), creemos que debiera haberse extendido á todos el beneficio de legitimación hecho á un hermano, aunque los demás no estuviesen reconocidos, y una vez que probasen por todos los medios que á los legítimos se conceden (arts. 115, 116 y especialmente el 117) su cualidad de hijos naturales de la persona cuya paternidad pretenden. Verdad es que esto equivaldría á una completa investigación de la paternidad; pero completaría el texto del artículo que comentamos, evitando la desigualdad que puede producirse entre los hijos naturales.

Del mismo modo opina el Sr. Planas y Casals en su ya citada ponencia, al decir, con referencia á la necesidad del reconocimiento que no acepta (pág. 17), «que sería preciso, para que no resulte injusto, adicionar este precepto legal (alude al artículo 100 del proyecto de 1882); pues aunque por punto general los padres harán este reconocimiento, ya que el interés de los hijos habidos antes del matrimonio será en la mayoría de los casos la causa impulsiva de éste, ¿quién puede desconocer, sin embargo, la posibilidad de que tal reconocimiento no se efectúe por alguna de esas misteriosas causas que entre sus pliegues oculta el corazón humano? El interés de otros hijos que merezcan mayor cariño, el temor al juicio severo de la opinión pública por la cometida falta, mil causas, en fin, cuya determinación es imposible, pueden producir la falta de reconocimiento, y no es justo que el hijo, si puede probar la filiación, se vea privado del inapreciable

beneficio de la legitimidad; por lo que preciso es que tal precepto legal se adicione, considerando legítimo al hijo que, aunque no reconocido por los padres ni antes ni después del matrimonio, ha sido declarado tal por sentencia de los tribunales. Esta doctrina viene apoyada por el capítulo 3.º del tít. 17, libro 4.º de las Decretales».

Hemos intervenido en un caso, en el cual, á pesar de tratarse de personas ilustradas, los padres no hicieron el reconocimiento, porque desconocedores de la reforma del Código en esta materia creyeron de buena fe, que por su matrimonio, quedaban de pleno derecho legitimados los hijos naturales que tuviesen antes de su unión legal.

¿En qué forma se ha de hacer el reconocimiento? El Código la establece taxativamente en el art. 131, y á él nos remitimos para esta cuestión.

Pero ¿bastará la manifestación á que se refiere el art. 67 número 3.º de la ley del Registro civil? Según dicho número, en las inscripciones de matrimonio deben constar los nombres de los hijos naturales que por el matrimonio se legitiman y que los contrayentes hayan manifestado haber tenido. Esta manifestación, seguida de su inserción en el acta de matrimonio, y de las notas que debe motivar en las respectivas actas de nacimiento, no pueden menos de considerarse como un reconocimiento formal de los hijos naturales, consignado en forma que merece fe, por lo cual creemos que es desde luego suficiente á los efectos del art. 121. Este artículo, por otra parte, al exigir que los hijos hayan sido reconocidos antes ó después de celebrado el matrimonio, no se opone á que lo sean en el mismo acto de la celebración, ó al cumplirse las formalidades y requisitos inherentes al mismo, sean simultáneos ó posteriores.

En lo relativo á esta materia, ó sea á *cuando* debe verificarse el reconocimiento, hay diferencia entre el Código y las doctrinas de derecho anteriores á él.

El proyecto de 1851 pedía que se hiciera «antes de la celebración del matrimonio ó en el acto de celebrarlo» (art. 119) y

Goyena apoyaba esta resolución, diciendo: «Estas dos épocas no son sospechosas, pues precisamente el objeto primario del matrimonio es la procreación de hijos; pero la ley desconfía del reconocimiento posterior, porque es posible que dos casados sin hijos, ni esperanza de tenerlos, y que echen de menos las dulzuras de la paternidad, se confabulen para reconocer como hijo natural á quien realmente no lo es». El Código ha desechado estos temores y atendido preferentemente, sin duda, al derecho del hijo, permitiendo que el reconocimiento se haga también después del matrimonio.

Otros códigos, para evitar los peligros á que aludía Goyena, han adoptado un sistema intermedio, como el del Uruguay, que limita la época posterior al matrimonio, en la cual se puede hacer el reconocimiento, á los treinta días cuando éste se hace en escritura (art. 204) En el de la República Argentina el plazo es de dos meses (art. 317); pero esto es tan arbitrario, que no se puede aconsejar su adopción.

Por lo que toca á los efectos sobre los bienes, tal vez se podrían evitar abusos con el sistema del Código italiano, según el cual cuando el reconocimiento se hace después del matrimonio, la legitimación no surte efecto á partir de la celebración de éste, sino de la realización de aquél.

Los Códigos civiles recientes, como el alemán y el suizo, otorgan á los hijos, de pleno derecho, la legitimación por subsiguiente matrimonio de sus padres. Es verdad que el último de ellos impone á éstos la obligación de declarar al Oficial del Registro civil, al tiempo de la celebración ó inmediatamente después, los hijos de ambos nacidos antes del matrimonio, pero advierte que los hijos quedarán legitimados aun sin esa declaración.

ARTÍCULO 122

Los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos.

ARTÍCULO 123

La legitimación surtirá sus efectos en todo caso desde la fecha del matrimonio.

La disposición contenida en el primero de estos artículos es consecueneia lógica del carácter que tiene la legitimación por subsiguiente matrimonio, y señala á la vez la diferencia que hay entre este acto y el de concesión Real. Las Partidas indicaban bien el motivo, al decir: «*son legítimos* los fijos que ome ha en la muger que tiene por barragana si despues de esso se casa con ella. Ca magüer estos fijos atales non son legítimos cuando nascen, tan grand fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre e la madre son casados, se facen por ende los fijos *legítimos*» (ley 1.ª, tít. 13, Partida 4.ª). Gregorio López añadía en su glosa, haciendo aún más lógico y conforme á la verdad el pensamiento: «Son legítimos verdadera y realmente, y no por ficción». Por esto sostuvo que tenían iguales derechos unos y otros, aun en caso de concurrir juntos; doctrina que admitían la ley 9.ª, tít. 15, Partida 4.ª, y la 7.ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima, y que será hoy cierta para todos los derechos posteriores á la época del subsiguiente matrimonio.

En términos generales no hay, pues, dificultad alguna para esta igualación de derechos que reconocía también el proyecto de 1851 (art. 120); pero no ha dejado de suscitar dudas respecto á ciertas de sus consecuencias. Tal es la del mejor derecho entre el legitimado y otro hijo legítimo del mismo padre, cuando interviene la razón de edad ó primogenitura. Acude á esta dificultad el Código austriaco, diciendo (art. 161, párrafo 2.º), que no obstante equipararse á los legítimos los legitimados, no podrán éstos disputar á *aquéllos que hubiesen nacido de otro matrimonio efectuado y subsistente en el tiempo intermedio*, ni el derecho de primogenitura, ni los demás derechos adquiridos por los mismos.» Nuestro Código ha prescindido de esta limitación, que

complicaría mucho las cuestiones; y entendemos que presenta la solución de los casos dudosos en el texto del art. 123, según el cual los efectos de la legitimación (se entiende la por subsiguiente matrimonio) se han de contar desde la fecha de la celebración de este acto, en vez de retrotraerse al tiempo de la concepción ó nacimiento del legitimado, según decía Goyena comentando el proyecto de 1851, donde no había equivalente del mencionado art. 123.

Fija éste, por tanto, una regla resolutoria de muchas dudas; pero no sabemos si completamente adecuada con el sentido de la legitimación de hijos naturales mediante matrimonio, ya que los padres podían casarse en tiempo de la concepción, y por tanto, el hijo es legítimo de hecho desde entonces; legitimidad reconocida por Gregorio López, según hemos visto.

La condición de natural que tiene el hijo antes de la legitimación, continúa aqui, sin embargo, influyendo sobre los legisladores con todos los prejuicios que lleva consigo ante la opinión social: y por eso, y para evitar abusos, casi todos los Códigos extranjeros se abstienen de retrotraer los efectos de la legitimación más allá de la fecha del matrimonio; resultando, pues, que en las sucesiones abiertas antes de aquélla no puede tomar parte el legitimado.

La ficción en que todas las legislaciones descansan consiste en suponer que el legitimado nacido realmente antes del matrimonio, ha nacido después, sin referirse para nada al momento de la concepción.

El Código, que permite el reconocimiento antes y después del matrimonio, no establece diferencias para cada uno de estos casos en la aplicación del art. 123. Ya hemos visto que las establece el Código italiano, siguiendo más lógicamente el sistema restrictivo y de prevenciones de la legislación en este punto.

Véase en el comentario de los arts. 115 á 117 la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Enero de 1900.

En otra de 4 de Marzo de 1901 se declara que la legitimación por el matrimonio surte sus efectos, con arreglo al art. 123,

desde la fecha del matrimonio, y no, en su caso por mediar cuestión, desde la fecha de la declaración judicial de legitimidad.

Se ha suscitado repetidas veces ante el Tribunal Contencioso administrativo, antes y después de regir el Código, la cuestión de si los hijos naturales legitimados por el matrimonio tenían derecho al disfrute de pensión del Tesoro ó del Montepío.

Las sentencias de dicho Tribunal de 2 de Julio de 1879, 22 de Octubre de 1892, 7 de Julio de 1894 y 30 de Junio de 1896 declaran que, con arreglo á la ley 1.ª, tít. 13, Partida 4.ª, que concedía á los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio los mismos derechos que á los legítimos desde la fecha de su nacimiento, tienen derecho á pensión del Tesoro los hijos naturales nacidos antes de cumplir su padre sesenta años, y legitimados por matrimonio contraído después de cumplir esa edad; no siendo aplicable en tales casos por haberse celebrado dicho matrimonio cuando aún regía la ley de Partida, el art. 123 del Código civil.

En otra sentencia de 30 de Enero de 1890, aplicando el artículo 123, se establece que, nacido un hijo natural, siendo su padre teniente, y legitimado por el matrimonio cuando ya era capitán, debe estimarse hijo legítimo desde esta fecha, y, por tanto, con derecho, como si hubiera nacido entonces, á pensión del Montepío.

En 22 de Febrero de 1901 declara el mismo Tribunal que, después del Código, los hijos legitimados por el matrimonio después de cumplir su padre sesenta años, no tienen derecho á pensión del Montepío ni pueden considerarse como hijos legítimos á los efectos de obtener pensión del Tesoro por no producir efectos su legitimación, sino desde la fecha del matrimonio; pero como hijos naturales pueden percibir la última de dichas pensiones, en defecto de hijos legítimos, á tenor de lo preceptuado en el art. 54 del proyecto de ley de 30 de Mayo de 1862, puesto en vigor por la de 26 de Junio de 1864.

ARTÍCULO 124

La legitimación de los hijos que hubiesen fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará á sus descendientes.

Resuélvese aquí una duda ampliamente discutida en Derecho romano y por los comentaristas del nuestro, muy divididos á su propósito. Gregorio López, glosando la ley 1.ª, tít, 13, de la Partida 4.ª, negaba esta consecuencia, sobre la cual no contenía declaración explícita la ley. La 12 de Toro aludía á la legitimación de nietos, y Antonio Gómez, en su comentario, sostuvo la doctrina que nuestro artículo establece. Lo mismo dijo Molina, razonando su interpretación como verdadera: *atque aequitate plena: sicut enim ex matrimonio subsequenti filius naturalis, si viviset, legitimus et ficeretur, ita etiam nepos legitime ex eo natus, eo mortu, avo legitimus et ficitur.* Pacheco, en sus *Comentarios* á las leyes de Toro, se adhirió á esta opinión.

Nuestro Código ha seguido la buena doctrina, que es la de todas las legislaciones modernas. El proyecto de 1851 declaraba más explícitamente el caso al decir en su art. 121: «La legitimación puede hacerse también en favor de los hijos que al tiempo de celebrarse el matrimonio han fallecido, dejando descendientes, en cuyo caso aprovechará á éstos.» Y Goyena explicaba la razón del artículo, escribiendo: «Es bien justo dar este consuelo á los hijos del que durante su vida fué privado injustamente de él. Por este medio la ley conserva en la familia unos bienes que pasarían á extraños, y repara en cierto modo el agravio que su abuelo había hecho á la memoria de su padre por un silencio demasiado largo, y cuyo efecto había sido arrebatarles su estado.»

Esto por lo que toca á la transmisión de los efectos. En cuanto al hecho primitivo de legitimar á un hijo muerto, es tan lógico como que la muerte no rompe los lazos de afecto paternal,

á los cuales debe reservarse siempre el derecho de manifestarse por todos los medios.

ARTÍCULO 125

Para la legitimación por concesión Real deberán concurrir los requisitos siguientes:

1.º Que no sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio.

2.º Que se pida por los padres ó por uno de éstos.

3.º Que el padre ó madre que la pida no tenga hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos.

4.º Que, si el que la pide es casado, obtenga el consentimiento del otro cónyuge.

ARTICULO 126

También podrá obtener la legitimación por concesión Real el hijo cuyo padre ó madre, ya muertos, hayan manifestado en su testamento ó en instrumento público su voluntad de legitimarlo, con tal que concurra la condición establecida en el núm. 3.º del artículo anterior.

La ley de 1838, en que se reglamentó lo concerniente á dispensas de ley, exigía, como hemos visto, que se fundamentasen la justicia y motivo de la petición. A cumplir esta racional exigencia, medio á su vez de evitar abusos en la concesión de tal merced, se dirige el art. 125.

La primera condición que establece es la esencial, puesto que el fin de esta clase de legitimación es poner remedio á los casos en que el matrimonio no puede verificarse.

La segunda limita el número y calidad de las personas que pueden pedir la concesión, y concuerda con el sentido general del Código.

La tercera podrá parecer una restricción excesiva é injusta, ya que no obstante ser igualmente naturales los legitimados por

uno y otro medio, para el que lo fué por matrimonio no se hace valer como obstáculo la existencia de hijos legítimos. Sin embargo, razones muy atendibles de moralidad y de conveniencia social abonan la distinción. Así como la existencia de hijos legítimos no es obstáculo para la celebración del segundo matrimonio, tampoco puede serlo para que por éste se legitimen los hijos naturales que hubieren tenido los contrayentes; legitimación que sólo produce sus efectos desde la fecha del matrimonio de los padres, quedando, por consiguiente, á salvo los derechos de los hijos legítimos de matrimonio anterior. Esta razón no existe en el caso de legitimación por concesión Real, porque ésta no puede concederse cuando hay hijos legítimos, y si los hubiere después, se les perjudicaría dando á los legitimados más derechos de los que les correspondan como hijos naturales reconocidos.

La cuarta condición es un homenaje á la dignidad y á los derechos del otro cónyuge, debido también á la paz del hogar doméstico.

Todas las cuatro condiciones han de concurrir para que se otorgue la gracia, además de la justificación de que el hijo es natural, puesto que se enlaza con lo dispuesto en el art. 130, á cuyo comentario nos remitimos. Para la justificación de la primera habrá que presentar la partida de defunción, ó de matrimonio subsistente del otro padre, motivos principales que excluyen la posibilidad del casamiento entre ellos.

No dice aquí el Código cuándo se ha de hacer el reconocimiento de los hijos cuya legitimación se pide por *gracia al sacar;* pero no es necesario, porque se deduce bien claramente que este reconocimiento ha de acreditarse ó hacerse en la misma instancia en que se solicita aquélla.

El art. 126 señala una excepción muy racional al núm. 2.º del anterior, puesto que la declaración escrita del padre ó de la madre basta, habiendo fallecido, para interpretar su voluntad, como favorable á la legitimación. Mas si viven, tiene más fuerza la propia declaración actual que el reconocimiento anterior por

escrito, y el hijo no puede obligarles á que lo legitimen, si ellos de propia voluntad no lo solicitan del Rey. La primera parte de esta disposición, en cuanto á la fuerza para legitimar del reconocimiento hecho en testamento, tiene un precedente en la ley 6.ª, tít. 15 de la Partida 4.ª, que ya hemos examinado.

Téngase presente que no basta que el padre ó la madre hayan reconocido al hijo en testamento ú otro documento público, aunque no tengan hijos legítimos, sino que es indispensable manifiesten expresamente su voluntad de legitimarlo, porque la legitimación por concesión Real no puede otorgarse sin la solicitud ó consentimiento expreso del padre legitimante. Aquel reconocimiento sólo servirá para obtener el hijo los derechos de hijo natural, si concurre en él esta circunstancia.

ARTÍCULO 127

La legitimación por concesión Real da derecho al legitimado:

1.º A llevar el apellido del padre ó de la madre que la hubiese solicitado.

2.º A recibir alimentos de los mismos, en la forma que determina el artículo 143.

3.º A la porción hereditaria que se establece en este Código.

La legitimación de que ahora tratamos, es, sin duda, un medio menos perfecto que la hecha por subsiguiente matrimonio; pero siendo su objeto reemplazar á ésta cuando es imposible efectuarla, puede sostenerse que no existe razón para que haya diferencia en los efectos de una y otra, excepto en los determinados por la intervención en el acto de uno solo de los padres. Este criterio ha seguido el Código civil italiano, ordenando en su artículo 201 que «la legitimación por Real decreto produce los mismos efectos que la hecha por subsiguiente matrimonio; pero únicamente desde la fecha de aquél y respecto del padre que la haya solicitado».

El Código civil alemán regula con criterio muy liberal y expansivo las legitimaciones á petición del padre por una disposición de la autoridad, pues no sólo las facilita extraordinariamente, permitiéndolas aún en el caso de existencia de hijos legítimos y aun faltando el consentimiento de la madre ó de la esposa del padre (que puede suplirlo el Tribunal de tutelas, cuando la falta de declaración de legitimidad cause al hijo un perjuicio de importancia), sino que concede, además, al hijo así legitimado la posición jurídica de legítimo sin limitación alguna.

También nuestro derecho antiguo concedía á los legitimados por rescripto del Príncipe los mismos derechos y beneficios de que gozaban los hijos legítimos y los legitimados por subsiguiente matrimonio, como puede verse en las leyes 17, tít. 6.º, libro 3.º, y 7.ª, tít. 22, libro 4.º del Fuero Real, y 4.ª, tít. 15 de la Partida 4.ª Y la ley 12 de Toro (7.ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación), aunque los declaraba sin derecho á la herencia cuando hubiere algún hijo legítimo ó legitimado por subsiguiente matrimonio, lo cual no puede suceder ahora, les concedía las demás honras y preeminencias, mandando que «en ninguna de las demás cosas difieran de los hijos nacidos de legítimo matrimonio.»

Entre rechazar en absoluto ese medio de legitimación, como le rechazó nuestro proyecto de 1851, y lo rechazan otros Códigos modernos, según ya se ha dicho, y concederle los mismos efectos que al matrimonio legítimo, el nuevo Código ha adoptado un término medio prudente, más en armonía con la verdad de las cosas y con las exigencias sociales. Permite la legitimación por concesión Real cuando ya no puede realizarse por el subsiguiente matrimonio, para dar al hijo esa mayor consideración ante la sociedad introduciéndolo en la familia legítima, siempre que no haya hijos y descendientes legítimos á quienes pudiera perjudicar; pero á la vez no concede al legitimado por ese medio más derechos que los concedidos á los hijos naturales reconocidos, porque realmente tiene este carácter, y no podía concederse á tal legitimación la misma eficacia que á la hecha

por subsiguiente matrimonio sin faltar á consideraciones del orden moral, que no puede desatender el legislador.

Comparando el presente artículo y el 134, que se refiere á los derechos de los hijos naturales reconocidos, con el 114, que determina los derechos de los hijos legítimos, se verá confirmado lo que acabamos de indicar por la diferencia que entre unos y otros se establece.

El hijo legítimo, y lo mismo el legitimado por subsiguiente matrimonio (art. 122), tiene derecho á llevar los apellidos del padre y de la madre: el legitimado por concesión Real sólo el del padre ó el de la madre que haya solicitado la legitimación, y los de ambos, si los dos la hubieren solicitado; lo mismo que los naturales reconocidos. Y no puede ser de otro modo, porque legalmente se ignora quién sea el otro progenitor.

Aquél tiene derecho á recibir alimentos del padre y de la madre, de los ascendientes de una y otra línea, y en su caso de sus hermanos: éste sólo tiene derecho á recibirlos del padre ó de la madre que haya solicitado la legitimación ó que lo haya reconocido. No podía imponerse esta obligación á los hermanos legítimos, porque la ley supone que no existen, y tampoco á los ascendientes, porque no se exige el consentimiento de éstos para la legitimación, á diferencia del matrimonio, que no puede celebrarse sin el consentimiento ó consejo de los ascendientes: quedan, pues, limitados los deberes y relaciones de familia al padre legitimante y al hijo legitimado y sus descendientes.

Unos y otros hijos tienen derecho á la porción hereditaria que se establece en este Código. Para los legitimados por concesión Real, esa porción será la tercera parte de la herencia, si no quedan ascendientes del padre, y si los hay, será la cuarta parte, lo mismo que para los naturales reconocidos, según el artículo 844, en su referencia á los 841 y 842. Véase el comentario de estos artículos. No puede tener aplicación á este caso el 840, porque no es posible la legitimación por concesión Real cuando existen hijos ó descendientes legítimos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Noviembre de

1893, declara que obtenida la legitimación por concesión Real antes de regir el Código, los hijos así legitimados deben disfrutar de todos los derechos que les reconocía la legislación anterior, siendo uno de ellos el de heredar á sus padres como si hubiesen nacido de legítimo matrimonio, aun cuando la muerte del causante ocurra después de hallarse vigente el Código, porque para ese efecto las disposiciones de éste no pueden tener efecto retroactivo, conforme á la regla general y á la 1.ª y 4.ª de las disposiciones transitorias, ya que el hecho generador del derecho que ostentan se realizó con la legitimación, su derecho á la condición y capacidad jurídica de hijos legítimos arranca de la legislación preexistente, y los que el Código declara por primera vez en favor del cónyuge sobreviviente en las sucesiones, sólo son estimables en cuanto no perjudiquen otro derecho legítimamente adquirido por leyes anteriores.

La sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de 21 de Diciembre de 1892, niega pensión de Montepío á los hijos legitimados por concesión Real, por ser sus derechos sólo los marcados en el art. 127 del Código, y corresponder aquellas pensiones sólo á los hijos legítimos. En la de 18 de Marzo de 1897 cuya doctrina es análoga á la de 22 de Febrero de 1901, considera á los hijos legitimados por concesión Real, como naturales reconocidos y con derecho á pensión del Tesoro en defecto de hijos legítimos, y aun hace extensivo ese derecho á las pensiones de Montepío por ciertas consideraciones de analogía y de interpretación favorable de las leyes que regulan dichas pensiones.

ARTÍCULO 128

La legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos, cuando se otorgue á favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales ó cuando no concurran los requisitos señalados en este capítulo.

Responde este artículo á la necesidad de prevenir fraudes, no sólo en el caso á que hemos aludido antes, sino en todos los

posibles en ambas clases de legitimación. Y á fe que nadie con más seguridad ha de procurar evitarlos, que aquellos á quienes va algún interés de familia ó de bienes: como los descendientes, ascendientes y herederos del padre ó padres del pretendiente á legitimación. La impugnación podrá verificarse pues, en los siguientes casos:

1.° Cuando no sea exacta la supuesta condición de hijo natural, cuya falsedad deberán probar los impugnadores.

2.° Cuando no haya existido reconocimiento en ninguna de las épocas que señala el art. 121.

3.° Cuando pidiéndose concesión Real, sea posible el subsiguiente matrimonio.

4.° Cuando el que la pida no sea el verdadero padre ó madre del que se pretende legitimar, excepto el caso del art. 126, en que puede pedirla el mismo hijo.

5.° Cuando hay hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio.

6.° Cuando siendo casado el padre que solicita la concesión, no ha obtenido el consentimiento de su cónyuge.

Todas estas reservas son muy importantes, y las tendremos en cuenta al apreciar los posibles abusos que puede permitir el tenor del art. 130.

La acción que en estos casos se ejercite puede ser, ó de oposición á que se conceda la legitimación, ó de nulidad de ésta, si ya se ha efectuado, y ha de ventilarse en juicio ordinario de mayor cuantía, según el núm. 3.° del art. 483 de la ley de Enjuiciamiento civil.

CAPITULO IV

De los hijos ilegítimos.

SECCION PRIMERA

DEL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NATURALES

ARTÍCULO 129

El hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente, ó por uno solo de ellos.

ARTÍCULO 130

En el caso de hacerse el reconocimiento por uno solo de los padres, se presumirá que el hijo es natural, si el que lo reconoce tenía capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción.

ARTÍCULO 131

El reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento ó en otro documento público.

ARTÍCULO 132

Cuando el padre ó la madre hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida.

Los funcionarios públicos no autorizarán documento alguno en que se falte á este precepto. Si á pesar de esta prohibición lo hicieren, incurrirán en una multa de 125 á 500 pesetas, y además se tacharán de oficio las palabras que contengan aquella revelación.

I

Explicación de la doctrina de los arts. 129, 130 y 132.

La naturalidad del hijo es siempre un hecho, independientemente de que los padres lo reconozcan ó no; pero el reconocimiento se hace necesario para que aquél pueda exigir de éstos la satisfacción de los derechos que como á tal hijo le corresponden.

El Código considera, en parte, como uno de los derechos del hijo natural el de ser reconocido, especialmente por la madre, según veremos; de donde resulta que el reconocimiento tiene dos orígenes: 1.°, la voluntad de los padres, libremente manifestada y cumplida; 2.°, la sentencia firme que obliga á ello, en los casos en que el hijo puede exigirlo.

De los arts. 129 y 130 que vamos á examinar, el primero es común á ambos orígenes, porque se limita á decir quién puede hacer el reconocimiento: aunque lo ordinario será que rara vez lo hagan por sentencia conjuntamente los dos padres, vista la dificultad de pedir el reconocimiento del padre (art. 135). El segundo parece referirse más bien, por su redacción, á los casos de reconocimiento voluntario; pero puede invocarse para el forzoso.

La facultad concedida por el art. 129 á los padres introduce cierta novedad en nuestro Derecho. En todas las leyes anteriores había una presunción que se tenía por indudable, y es que la madre era siempre conocida; por eso en todos los actos de reconocer se hacía referencia al padre tan sólo. Así se ve en las leyes 5.ª, 6.ª y 7.ª, tít. 15, Partida 4.ª, y en la 11 de Toro.

Nuestro Código, más conforme con la realidad, entiende que la madre puede no ser conocida, de modo que excuse el reconocimiento; y admite, por tanto, que lo haga independientemente del padre, ya por voluntad propia, ya cuando sea obligada á ello, según el art. 136.

El reconocimiento conjunto de ambos padres da al acto una fuerza y una solemnidad grandes, y mayor firmeza á la posición del hijo, constituyendo la mayor satisfacción posible del derecho de éste. Así lo admiten todos los Códigos modernos. El reconocimiento de uno solo de los padres, que ya hemos visto era lo tradicional en nuestro derecho, está igualmente admitido en las legislaciones extranjeras, explícita ó implícitamente; así lo indican los arts. 335 y 339 del Código francés, el 325 del argentino, el 175 del italiano, el 123 del portugués y el 303 del alemán, etc. Las leyes de Arizona van más allá, puesto que admiten que el reconocimiento de uno de los padres produzca la legitimación conjuntamente. Algo de esto hemos notado que había en las Partidas.

Las condiciones no son, sin embargo, iguales en un caso y en otro. Para reconocer conjuntamente el padre y la madre es preciso que el hijo sea verdaderamente natural; es decir, que concurran en él las circunstancias que pide el art. 119 (1). Pero cuando hace el reconocimiento uno solo, el art. 130 admite mayor latitud, volviendo en rigor al derecho de las Partidas.

En realidad, no hay en este caso más que un elemento á que atender: el padre que reconoce. El otro es desconocido, y por tanto no se le puede exigir condición ninguna. Forzosamente hay que contentarse con pedirla al que es conocido, el cual deberá acreditar que tenía «capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción». El Código no puede pasar más adelante, ni obligar á que se declare el nombre y condiciones del otro padre; porque, salvo que esto conduciría á una investigación de la paternidad, á que en principio es opuesto el

---

(1) Hay precedentes de doctrina en España á favor del reconocimiento de un hijo que no es natural. Tal es la conclusión 4.ª del tema 8.º, discutido en el Congreso Jurídico de Madrid (1886), aprobada por 290 votos contra 85, y que á la letra dice: «Podrá ser reconocido y se equiparará á los naturales, el hijo que tuvo un hombre casado de mujer soltera, una vez disuelto el matrimonio de éste, y siempre que no hayan quedado de él hijos legítimos»; provechosa modificación, si hubiera sido adoptada, de la definición que encierra el art. 119.

Código, motivaría cuestiones escandalosas. Ni debe asustar que por este medio lleguen á ser reconocidos hijos que de hecho no sean naturales (consecuencia obligada del artículo que comentamos), porque los altos principios de justicia son siempre favorables á los hijos y no debe cerrárseles un camino para mejorar de derecho, que, en fin de todo, está muy lejos de producir las perturbaciones sociales que espíritus sencillos y desconocedores de la realidad de la vida suponen.

Considérese ahora que la prohibición de esta forma de reconocer (á lo cual equivaldría la obligación de declarar la condición y nombre de ambos padres), á la vez que evitaría esos abusos tan temidos por algunos, produciría grandes injusticias en muchos casos. Porque es ilógico suponer que siempre que hace el reconocimiento uno solo de los padres, es para dar fraudulentamente la condición de natural á un hijo; antes bien, y con frecuencia, es obligada aquella forma siendo el hijo realmente *natural*, para evitar el escándalo ó la nota deshonrosa que podría caer sobre una mujer ó un hombre cuya reputación y conducta, por otra parte, son intachables, y acaso haya constituído una familia legítima á la que se llevaría la perturbación: y una de dos, ó se provoca el escándalo, ó, lo que será fácil en la mayoría de los casos, el *reconocimiento no se realizará* por ese temor de los padres, y con esto pierde mucho más el hijo. Y como la mayor parte de los casos son en la vida de este género, á saber: que el reconocimiento conjunto es imposible por razones morales las más de las veces, calcúlese el perjuicio que se causaría á los hijos. ¡Cuántos padres ó madres naturales tendrían, por no decir el nombre del otro, que renunciar al reconocimiento! El Código, pues, se coloca en la verdadera realidad al permitir la presunción de natural para el hijo reconocido en la forma aquí propuesta.

El argumento de más fuerza que se puede aducir, y de hecho se aduce contra este artículo, es que el peligro no se reduce á que reciban la denominación de naturales hijos que no lo son, sino que las consecuencias pueden llegar á que sean legitima·

dos aquéllos, utilizando el medio de la concesión Real; y que por lo tanto, y respecto de éste, el párrafo primero del artículo 119 cae por su base.

Ya hemos hecho alusión á este caso anteriormente, y debemos ahora insistir en él. Por de pronto, téngase en cuenta que la primera condición para otorgarse la concesión Real es que no sea posible el subsiguiente matrimonio, y que esto obliga á nombrar al otro padre y acreditar su muerte ó casamiento con una tercera persona. Lo probable es que en la mayoría de los casos subsistan las mismas razones que hubo para su ocultación en el reconocimiento, y la legitimación no se solicitará. Si se solicita, puede ser, ó declarando lo cierto, cuando el hijo es verdaderamente natural, ó falsificando ya las pruebas del estado del otro padre en el tiempo de la concepción, ya el nombre de éste; y en ambos casos hay, para evitar el fraude, no sólo la vigilancia de los Tribunales, sino la facultad de impugnación del artículo 128. Si á pesar de esto, ó por no producirse la oposición, el hijo llega á ser legitimado, habrá un *fraude*, pero no el uso de una facultad concedida por la ley, y por tanto, ésta no es responsable, puesto que no lo autoriza; antes bien se previene contra él en el núm. 1.º del art. 125 combinado con el 121 y 119.

Con esto se aparta de otros precedentes legales que autorizaban la legitimación de hijos ilegítimos no naturales. Así la ley 57, párrafo 1.º, tít. 2.º, libro 23 del Digesto, que habla de legitimación de hijos habidos entre parientes en la línea recta; el capítulo 13, tít. 17, libro 4.º y otros de las Decretales, que permitían la legitimación por el Papa de los hijos de clérigos y demás espúreos; y la Real cédula de 21 de Diciembre de 1800, que admitía la posibilidad de la legitimación Real para los hijos de clérigos, de casados y de caballeros profesos de las órdenes.

Algunos códigos extranjeros siguen un procedimiento especial para evitar los abusos, sobre todo en el reconocimiento, rodeando de ciertas precauciones al que se hace por uno solo de

los padres. Consisten éstas, ya en consignar una prohibición terminante de reconocer hijos incestuosos ó adulterinos (artículos 335 del Código francés y 122 del de Portugal y 304 del de Suiza), ya en permitir que se declare el nombre del otro padre (Código italiano), ó, en fin, autorizar la impugnación del reconocimiento (artículos 228 y 231 del de Guatemala). En todos ellos dominan fuertemente los prejuicios contra los ilegítimos, y á la vez se rompe con los respetos tradicionales hacia la persona de los padres, al permitir que se declare el nombre de ambos. Nuestro Código resulta de una parte más liberal respecto de los hijos (art. 130), y de otra, más respetuoso con los padres (art. 132), aunque este respeto no sea tan legítimo ante el derecho; pero como á la vez concurre la posibilidad de un beneficio para el hijo, se legitima por este lado. Suprimir esta prohibición, repetimos, equivaldría muchas veces á poner traba insuperable al reconocimento, y, por lo tanto, á causar un grave perjuicio á los hijos. Así creemos que no merece tantas censuras como le han dirigido, un artículo, que si bien se aparta de algunos Códigos, como el italiano, francés, belga, etc., concuerda con otros muy modernos como el de Portugal (art. 124), el argentino (334), el de Uruguay (212) y el de Méjico (368 y 369), con nuestros proyectos de 1851 (art. 125) y 1882 (art. 111), y en parte, también, con el art. 51 de la ley de Registro civil.

La prohibición que, análogamente á la de los padres, se impone en el párrafo 2.° del art. 132 á los funcionarios públicos y la sanción penal aneja, no están consignadas en la mayoría de los Códigos modernos. Su objeto es afirmar el cumplimiento de este artículo.

Por último, la frase «al tiempo de la concepción», que usa el artículo 130, se halla explicada en otras legislaciones mediante el uso de estas otras: «en los ciento veinte días primeros que precedan al nacimiento del hijo» (Código de Portugal); «en los primeros ciento veinte días que precedieron al nacimiento» (Méjico). En nuestro Código basta la aplicación, que naturalmente surge para este caso, del art. 108.

Interpretando el art. 130, declara el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de Junio de 1893, que dicho artículo no define la filiación natural, sino que dándola por definida en el 119, y presuponiendo la facultad que el 129 otorga á los padres para que cada cual de ellos pueda reconocer separadamente al hijo que tenga esa calidad, se limita á declarar como una consecuencia lógica de tal facultad, que el hijo así reconocido *se presume* natural si el que lo reconoce tenía capacidad para contraer matrimonio al tiempo de la concepción. Siendo esto así las presunciones pueden destruirse mediante prueba en contrario, y el Código permite expresamente la impugnación en el art. 138, que concede á las personas que resultaren perjudicadas por el reconocimiento del hijo natural, acción eficaz para destruir la presunción, no solamente cuando se hubiera faltado á las prescripciones relativas al acto del reconocimiento, sino también cuando éste recayere en favor de un hijo que no reune las condiciones que para ser calificado de natural requiere el art. 119.

En la misma sentencia se declara también que la prohibición de revelar el nombre del padre ó de la madre que no concurriere al reconocimiento de un hijo natural, hecho separadamente por cualquiera de los dos, se refiere á todas luces á dicho acto, en el cual, así por su carácter unipersonal como por otro linaje de consideraciones, no cabe imputar á tercero una paternidad por éste no reconocida voluntariamente; mas dicha prohibición, contenida en el art. 131, no envuelve la de que ese nombre se revele en cualquier otro acto, ó en los casos permitidos por la ley, porque esta consecuencia pugnaría con el ejercicio de las acciones que ella otorga al mismo hijo reconocido por uno de los padres, para serlo también por el que no concurrió al reconocimiento, y á cualquier otro tercero perjudicado por este acto, para impugnarlo hasta en lo que tiene de sustancial, ó sea en cuanto por el mismo se atribuya ilegalmente al hijo la calidad de natural.

II

Cuestiones.

Entre los varios extremos comprendidos en los artículos que nos ocupan, hay uno que de modo especial ha levantado discusión entre los comentaristas, obligados á llenar un vacío de la ley, común á casi todos los Códigos. Nos referimos á la determinación de las personas que pueden reconocer á un hijo natural.

El art. 129 se contenta con decir que podrán reconocer el padre y la madre conjunta ó separadamente. Ahora bien: ¿podrán éstos ejercitar ese derecho, cualquiera que fuese su situación? Debe pensarse que es muy posible que ambos ó uno de ellos sea menor de edad, ó interdicto, ó siendo la madre, que esté casada con otro que el padre del natural. El Código no establece limitación alguna, excepto para la legitimación por concesión Real, en que exige el consentimiento del cónyuge (número 4.º del art. 125); por lo tanto, es lógico interpretar, amparándose de la máxima de lo *más favorable*, que la intención de los redactores de la ley ha sido no establecer limitación alguna.

Respecto de la mujer casada, los autores están en su mayoría conformes en reconocer su capacidad aun sin licencia del marido; exceptuándose Laurent, que la niega por no haber encontrado texto alguno en el derecho francés que dispense á la mujer casada, en este caso, de la autorización del marido. En nuestro derecho parece la cosa resuelta por la afirmativa, ya que el acto de reconocer no aparece prohibido á la mujer en ningún artículo del Código, y que además, así como éste requiere el consentimiento del marido cuando es la mujer quien solicita la legitimación por concesión Real, hubiera exigido igual requisito taxativamente para el caso de reconocimiento. De todos modos, nos parece indudable que puede hacerlo en el testamento, para el cual no necesita en nada la autorización del marido.

Tocante al menor, las dudas abundan y se justifican ante el silencio de la mayoría de los códigos, roto en el de Holanda, que dice textualmente (art. 337): «el reconocimiento hecho por un menor, no es valedero si no ha cumplido éste diez y nueve años. La mujer menor puede verificarlo antes de aquella edad.»

Demolombe, que examina este caso detalladamente, admite luego de haber expuesto las razones que alegan los partidarios de la igualdad de capacidad para reconocer y para contratar, que la teoría contraria es más lógica: 1.º, por el silencio de la ley en prohibir aquel acto al menor ó exigir la capacidad de contratar para el reconocimiento; 2.º, por la condición personalísima de este acto, que no permite se le aplique la teoría de la tutela; 3.º, porque el reconocimiento no es un contrato, ni hay razón para que la ley lo prohiba antes de cierta edad (exceptuando, claro es, la inferior á la pubertad). Apoyan esta teoría varias sentencias de los tribunales franceses y muchos autores, como Merlín, Toullier, Duranton, Zachariae, etc. Le son, en cambio, contrarios algunos, como Artz, Laurent y nuestro Goyena. El argumento de éste se apoya en que «el reconocimiento es una obligación, porque encierra varias obligaciones: será, pues, nulo, á menos que el hijo sea producto de un delito del menor, pues entonces éste es habido por mayor».

Pero en nuestro Código la cuestión está más clara, no sólo porque á él son aplicables las razones de Demolombe, y especialmente la primera que se repite con respecto al menor casado (arts. 315 y 317), sino porque el art. 131 ofrece un medio de explicación. En él se marcan las formas en que puede hacerse el reconocimiento, y por tanto, no hay más que ver las que sean posibles al menor, y en ellas podrá verificarse el reconocimiento. Es indudable, pues, que procede en el acta de nacimiento y en testamento, cuyos actos tendrán plena validez.

El caso del loco no admite duda alguna. Si tiene algún momento lúcido, podrá reconocer durante él; y en los casos en que el reconocimiento sea forzoso, como no se necesita del consentimiento, se hará ejecutar la sentencia, exista ó no lucidez.

III

Forma del reconocimiento de un hijo natural.

El art. 131 responde á la pregunta que hacíamos al comentar el 121, respecto á la forma del reconocimiento.

El Código se aparta aquí de la amplitud que concedía la ley 11 de Toro, según ha declarado repetidas veces la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1), bien explícita en cuanto á la admisión del reconocimiento expreso y del tácito, acreditado «por cualquiera de los medios de prueba establecidos en derecho»; y aun esta declaración existe en absoluto, sin contraerse á interpretar la citada ley de Toro, como se ve en la sentencia de 16 de Septiembre de 1865, que dice ser necesario para que se declare á un hijo natural de una persona, «que aparezca claramente que ésta lo ha reconocido como tal tácita ó expresamente». La limitación del Código no puede responder más que al deseo de no promover litigios y de que conste con toda claridad la voluntad de los padres ó del padre que reconoce.

Los códigos extranjeros siguen, no obstante, en su mayoría el criterio que en el nuestro se expresa. Sólo el de Méjico parece ampliar el número de formas de reconocimiento, nombrando expresamente el acta especial ante el juez, la escritura pública y la confesión judicial directa y expresa (art. 367), que nuestro artículo comprende en la frase «otro documento público».

Respecto de los términos que usa el Código, no es necesaria explicación alguna después de lo que hemos dicho con referencia al art. 115. Para el acta de nacimiento deben tenerse en cuenta los arts. 48, 51, 60 y 61 de la ley del Registro civil. Nótese, en fin, que sólo en las formas expresadas podrá hacerse el reconocimiento, y que, por tanto, no vale ninguna otra: con lo

---

(1) Sentencias de 8 de Octubre de 1853, 26 de Enero y 30 de Junio de 1865, 11 de Junio de 1870, 5 de Enero de 1871, 10 de Enero de 1874, 14 de Octubre de 1875, y otras.

cual, confrontando la palabra «testamento» con las que siguen «ó en *otro documento público*», queda incluído el testamento ológrafo, luego que sea protocolizado.

La escritura pública en que conste el reconocimiento de un hijo natural, debe extenderse en papel que lleve el timbre de 25 pesetas, según el núm. 3.º del art. 20 de la ley vigente de 1.º de Enero de 1906.

Las palabras documento público, no deben, sin embargo, entenderse como sinónimas de escritura pública. No cabe hablar aquí de ejecutorias, puesto que se trata de reconocimientos hechos voluntariamente. Por documentos públicos debemos entender, los que, como tales se consideran á los efectos de la prueba en el art. 596 de la ley de Enjuiciamiento civil, y, por tanto, entre ellos, los que puedan tener aplicación á la materia. Las certificaciones expedidas por los encargados del Registro civil, son documentos públicos, y reciben su fuerza é importancia de las actas ó inscripciones del mismo Registro. El acta de matrimonio en que los padres al casarse, manifiestan los hijos naturales que tienen y quieren legitimar, y el acta de nacimiento en que se hace constar por nota esa circunstancia, llenan pues las exigencias del artículo 131, y suponen un reconocimiento formal.

Los términos en que se haga el reconocimiento, son indiferentes, y así, puede admitirse la opinión de Goyena, que, refiriéndose al art. 124 del proyecto de 1851, se mostraba favorable á que el reconocimiento pudiera hacerse por incidencia y en cualesquiera términos, con tal que de ellos aparezca suficientemente la intención de hacerlo; «basta, pues, añade, la simple indicación de hijo natural suyo que haga el testador en la persona del legatario», el cual podrá desde luego exigir sus derechos como hijo natural, aunque se revoque el testamento.

Debe tenerse en cuenta también el art. 741 del Código, según el cual el reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo.

Con arreglo al art. 669, no pueden testar dos ó más perso-

nas en un mismo instrumento, por lo que, si se adopta esta forma de reconocimiento por el padre y la madre, cada uno de ellos habrá de hacerlo en su respectivo testamento, sin que á ello se oponga el art. 129.

ARTÍCULO 133

El hijo mayor de edad no podrá ser reconocido sin su consentimiento.

Cuando el reconocimiento del menor de edad no tenga lugar en el acta de nacimiento ó en testamento, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal.

El menor podrá en todo caso impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes á su mayor edad.

Algún autor ha censurado este artículo, alegando que la intervención que da á la voluntad del hijo es excesiva y aun inexplicable, porque, ¿cómo por su consentimiento van á destruirse todos los derechos y todos los deberes que no nacen de su voluntad, sino de un hecho indestructible y superior á su voluntad?

El argumento no tiene, sin embargo, fuerza alguna; porque si el hecho de la filiación ha sido ajeno á la voluntad del hijo y es verdad que no puede borrarse en el orden natural de la vida, hay mayor razón en dejarle libertad para que lo acepte con todas sus consecuencias, ó lo rechace: máxime cuando la relación de afecto, de vida común y de educación constante, no exista en los casos del hijo natural, que por el contrario tiene contra el padre ó la madre, ó contra ambos, el agravio de haberlo abandonado ó expuesto cuando más necesitaba de cuidados. Esta falta de la condición de amor, que es la fundamental en la familia y en todas las relaciones sociales, puede llegar al efecto contrario, especialmente con relación al padre, cuando sobre éste pesa la culpa del abandono de la madre, cosa que el hijo puede conocer y que no se suele perdonar.

Es, pues, muy racional la facultad de renuncia concedida al mayor, que tiene ya discernimiento para juzgar de un acto como aquél y en el cual concurren las condiciones mencionadas. Por igual motivo lo es la del menor en los cuatro años siguientes al de su mayor edad, para «impugnar el reconocimiento». Hay otra razón además, y es la pérdida que sufre en su condición el hijo, quedando sujeto con los derechos que adquiere el padre.

Las formalidades que se exigen para el reconocimiento del menor en documento público que no sea el acta de nacimiento ó el testamento, son garantías muy bien entendidas para su beneficio. El juez de primera instancia no le prestará su aprobación, cuando entienda que no se hace en beneficio y utilidad del menor.

El Código civil suizo (arts. 305 y 306) concede derecho de oponerse al reconocimiento de un hijo natural (hecho por su padre, ó en caso de fallecimiento ó de falta de discernimiento, por el abuelo paterno) á la madre, el hijo mismo ó sus descendientes, alegando que el autor del reconocimiento no es el padre ni el abuelo, ó que sería perjudicial para el hijo; y á la autoridad competente del cantón de origen del padre ó á cualquier interesado, siempre que demuestren que el autor del reconocimiento no es el padre ni el abuelo del niño, ó que está prohibido dicho acto.

Puede suceder que en el momento del reconocimiento el hijo no viva, ya en sentido legal, por no haber nacido aún, ya por haber muerto de hecho. En ambos casos puede ser reconocido, aunque el Código no lo declara expresamente; pero basta para el primero la aplicación del art. 29, según el cual se tiene por nacido al concebido «para todos los efectos que le sean favorables»; y para el segundo, la validez reconocida de la legitimación del hijo muerto, para la cual el reconocimiento es precedente obligado.

¿Será aplicable el último párrafo del artículo que examinamos al menor emancipado, ó al que haya obtenido el beneficio de la mayor edad? ¿El plazo de los cuatro años concedido al menor

en general, habrá de contarse en tales casos desde que cumpla los veintitrés años, ó desde la emancipación, ú obtención del beneficio? Parece que el precepto debe interpretarse en el sentido más favorable al hijo, que es también el que más se conforma con la letra del artículo.

Los padres, como dijimos en su lugar, pueden contraer matrimonio, y hacer constar en el acta los nombres de sus hijos naturales que por el matrimonio han de ser legitimados. Hemos considerado este acto suficiente á los efectos del reconocimiento; pero como no consta hecho ni en el acta de nacimiento, ni en el testamento de los padres, si el hijo, ó los hijos son menores de edad, como será lo más frecuente, ¿se necesitará la aprobación judicial con arreglo al art 133? Parece á primera vista irremediable ese requisito, lo que equivaldría á arrebatar á esos hijos, en muchos casos, algo irreflexivamente, la legitimidad que debía corresponderles. Aunque tenemos la creencia de que el legislador, lo mismo en este artículo, que en el 131 y aun en el 121, no tuvo en cuenta la cuestión presentada, debe en nuestra opinión resolverse en el sentido más favorable á los hijos, atendiendo al espíritu del Código en la materia, á los principios generales de derecho, y á las razones legales siguientes: *primera*, que la manifestación hecha por los padres en el acta de su matrimonio de tener determinados hijos naturales, y querer legitimarlos, debe hacerse constar por nota en las actas de nacimiento de esos hijos, con arreglo á la ley del Registro civil, con lo cual el reconocimiento del menor, resultará en el acta de su nacimiento, debiendo así estimarse cumplido el art. 133; y *segunda*, que este artículo exige el consentimiento del hijo para ser reconocido como natural solamente, pero no hay artículo alguno, que considere necesario ese consentimiento, ó en su defecto la aprobación judicial, para ser considerado como legítimo, y la exigencia de tal requisito y consiguiente aplicación del artículo 133 al caso propuesto, sólo conduciría á privar á los hijos en ciertos casos de su condición de legítimos, por vanas, absurdas é innecesarias exigencias literales de interpretación.

Cuando el interesado no pueda dar su consentimiento por estar loco ó por otra circunstancia análoga, la aplicación taxativa del artículo que comentamos parece que excluye el reconocimiento; pero como su situación entonces es análoga á la del menor, y aun más triste por la inseguridad de salir de ella, creemos que, apreciando el beneficio que aquel acto puede traerle, y con la aprobación judicial cuando no sea hecho en testamento, será válido y producirá sus efectos á favor del incapacitado el reconocimiento de hijo natural, lo mismo que para el menor se establece en el art. 133.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de Junio de 1909, declara que si bien los derechos otorgados por la ley pueden dejar de ejercitarse por las personas á cuyo favor se hallan constituídos, y en este sentido es potestativo en el hijo natural demandar ó dejar de pedir su reconocimiento como tal, principio á que obedece, aparte de otras consideraciones, el precepto 133 del Código civil, que exige el consentimiento del hijo natural para que puedan reconocerle sus padres, ni de aquella facultad inherente al concepto de todo derecho, ni del necesario concurso de la voluntad del hijo, se deriva lógica y legalmente que sea renunciable el derecho familiar de filiación, legítima ó natural, que evidentemente afecta al estado civil de las personas.

ARTICULO 134

El hijo natural reconocido tiene derecho:

1.° A llevar el apellido del que le reconoce.

2.° A recibir alimentos del mismo, conforme al artículo 143.

3.° A percibir, en su caso, la porción hereditaria que se determina en este Código.

Los derechos que se reconocen al hijo natural son en algunos puntos menos amplios, y en otros más extensos que los concedidos por la legislación anterior. La ley 5.ª, tít. 19, Partida 4.ª, reconocía al hijo natural el derecho de exigir alimentos,

no sólo de los padres, sino también «de los parientes que suben por la liña derecha del padre como de la madre» (1); y según la ley 8.ª, tít. 13, Partida 6.ª, si el padre no le dejara nada en el testamento, «estonce los herederos dél son tenudos de le dar lo que le fuere menester para su govierno, é para su vestir é calçar, segund aluedrio de omes buenos».

En materia de sucesiones, había que distinguir, según que se tratase del padre ó de la madre, y según que los hijos heredasen por testamento ó sin él.

Careciendo el padre de descendientes y ascendientes legítimos, podía dejar á sus hijos naturales cuanto quisiere, y en otro caso sólo el quinto (ley 11 de Toro). Pero al morir sin testamento, la ley distinguía, dando á los hijos naturales, en concurrencia con los hijos legítimos, sólo el derecho á alimentos, en concurrencia con ascendientes ó colaterales, dos dozavas partes del caudal, que debían partir con su madre (ley 8.ª, tít. 13, Partida 6.ª), y á falta de ascendientes y colaterales dentro del cuarto grado, y con preferencia al cónyuge viudo, toda la herencia (artículo 2.º de la ley de 16 de Mayo de 1835).

En la sucesión de la madre, sólo eran excluídos los hijos naturales por los legítimos (ley 3.ª de Toro). Existiendo descendencia legítima, la madre podía asignarles el quinto de todos sus bienes.

Hoy los derechos sucesorios de los hijos naturales son idénticos, ya se trate del fallecimiento de su padre ó del de su madre; el Código les asigna legítima, aun en concurrencia con descendientes legítimos, y en caso de sucesión intestada, son llamados á heredar, en defecto de descendientes y ascendientes, sin perjuicio en otro caso de su legítima, como veremos en su lugar oportuno.

Algunos Códigos extranjeros (los de Méjico, Portugal, Holanda, etc.), concuerdan en un todo con el nuestro; otros presen-

(1) Respecto de ésta dice lo mismo el Código de Luisiana, aun para los hijos incestuosos y adulterinos.

tan algunas diferencias (francés, Luisiana...), que han de verse en el comentario de los artículos correspondientes. El austriaco, reproduciendo la doctrina de la citada ley de Partidas (8.ª, título 13, Partida 6.ª), dice que «la obligación de alimentar y colocar á los hijos naturales, pasa, como cualquier otra carga, á los herederos del padre y de la madre» (art. 171). En cambio les niega en absoluto al apellido del padre (art. 265), y limita sus derechos á los alimentos, educación y colocación conforme á la fortuna de sus padres (art. 166).

Los derechos que por nuestro Código se reconocen al hijo natural son los mismos que por el art. 127 se conceden al legitimado por concesión Real. Véase el comentario de dicho artículo y el de los demás á que uno y otro se refieren.

El art. 12 del Real decreto de 13 de Marzo de 1906, preceptúa que, á los efectos del núm. 1.º del art. 134 del Código, debe hacerse constar en la inscripción de los hijos naturales el apellido completo, paterno y materno, de la persona que los reconozca, á fin de que siendo usados en esta forma por dichos hijos, no revelen ostensiblemente la ilegitimidad de su origen. Es claro que este artículo se refiere al caso en que el hijo sea reconocido solamente por su padre ó por su madre; reconocido por uno y otro, indudablemente, ahora y antes, habrían de consignarse los apellidos de aquellos de quienes procede el reconocimiento.

Fundándose en el art. 134 y en otros del Código, cuyo sistema, en general, es favorable á los hijos naturales, el Tribunal Contencioso-administrativo, en sentencia de 30 de Diciembre de 1899, les concede derecho á participar de pensión del Tesoro en concurrencia con la viuda del causante, contra lo dispuesto en Real orden de 5 de Junio de 1897, que sólo les concedía tal derecho en defecto de hijos legítimos y de viuda. Véase también la del mismo Tribunal de 11-22 de Marzo de 1904.

ARTÍCULO 135

El padre está obligado á reconocer al hijo natural en los casos siguientes:

1.º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.

2.º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre ó de su familia.

En los casos de violación, estupro ó rapto, se estará á lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole.

I

Sobre la investigación de la paternidad.

Decíamos antes que el Código admite dos clases de reconocimiento: uno *voluntario* por parte de los padres, y otro *forzoso*. Esto no es, sin embargo, exacto para el padre más que en los casos de violación, estupro ó rapto; aunque sí lo es, poco menos que siempre, para la madre. De esta manera, los redactores del Código han obedecido á la base 5.ª, que autorizó la investigación de la maternidad, pero no la de la paternidad, adoptando así un término medio, que quiere concertar todas las teorías, aunque de hecho no dé á ninguna cumplida satisfacción.

Las razones que los jurisconsultos franceses alegaron para justificar el mismo temperamento que adopta nuestro Código son, casi todas, comunes á la paternidad y la maternidad; y los partidarios de aquella prohibición deben mirar con recelo á nuestro Código, porque en él «se permite á un hijo que dañe á la reputación de su madre», cuyo honor no protege la ley tanto como desearían los citados jurisconsultos. Verdad es que esa protección consiste en el silencio de las faltas, como si éste fuera el sistema mejor para que no se cometan, en vez de ser, como

de hecho es, la manera más segura para fomentarlas, asegurándoles la impunidad. El Código se acerca en este punto á la buena doctrina; mas, ¿por qué no lo hace también respecto á la paternidad? ¿Merece, acaso, mayores respetos el padre que la madre en su dignidad y honor? La causa de esta reserva es bien sabida: no hay más argumento que la dificultad de probar la paternidad por el misterio que la rodea; «el velo impenetrable, como decía Bigot Préameneu, que cubre la transmisión de nuestra existencia. Pero si esto es cierto y puede hacer imposible algunas veces la prueba, convirtiendo en inútil el litigio, ¿qué inconveniente hubiera habido en ampliar los casos que menciona el presente artículo, admitiendo que hiciesen prueba otros actos, ante los cuales el misterio deja de serlo?

Reconocida la investigación de la paternidad y maternidad como un principio de derecho natural, cumple su satisfacción por todos los medios: y á fe que el que proponemos, muy alejado de la libre investigación á la manera como existía en Francia antes del Código, no puede tener contra sí los escándalos y abusos que ésta ha producido alguna vez, como puede producirlos cualquiera otra facultad de derecho, y en los cuales fundan muchos el temor de reconocerla.

Los redactores del Código, según hemos dicho, han debido someterse á la ley de Bases, y por lo tanto, han rechazado la libre investigación de la paternidad. Los casos de reconocimiento forzoso que en los números 1.º y 2.º de este artículo se expresan, no la comprenden, porque en suma no se impone en ellos al padre más que la ratificación de su reconocimiento anterior, expresado en un documento privado ó en los actos que constituyen la posesión de estado de hijo natural: viniendo en último término á ser mera ampliación del art. 131, en que se establecen las formas de reconocimiento. A las allí admitidas hay que añadir ahora el documento privado y los actos de la vida familiar que implican aquel mismo hecho. Por lo tanto, el artículo no se aparta de la ley de Bases, ni de la tradición de nuestro derecho, en la cual «el reconocimiento del padre debía ser espontáneo, li-

bre y legalmente hecho y probado». Todos estos requisitos se encuentran en el *hecho* real del reconocimiento anterior, que los hijos no tienen más que presentar para que su autenticidad se confirme ante los tribunales.

El párrafo último reconoce lo dispuesto en el núm. 2.° del artículo 464 del Código penal, en el que se condena á los reos de violación, estupro ó rapto, «á reconocer la prole, *si la calidad de origen no lo impidiere*», y por tanto, sólo á los hijos naturales. El Código francés, en su art. 340, acepta también esta pena en el caso de rapto, «cuando la época de él se refiera á la de la concepción».

De este modo ocupa el Código que comentamos un lugar intermedio en las legislaciones modernas. Divídense éstas, en punto á la investigación de la paternidad en tres grupos: uno, que establece la prohibición absoluta; otro, que acepta la libre investigación, y el tercero, que llega sólo á una prohibición relativa.

En el primero figura, ante todos, el Código de Napoleón (antes de la reforma de que luego hablaremos), cuyo art. 340 se explica por una reacción contra la irracional libertad que antes existía en derecho francés, donde la jurisprudencia aceptaba la máxima *creditur virgini se praegnantem asserenti;* es decir, admitía como válida la designación hecha por una mujer soltera embarazada en un hombre al cual suponía padre del hijo concebido. La reacción fué más allá de lo justo; pero una vez iniciada por el Código Napoleón, siguieron su ejemplo otras naciones, donde no había iguales causas y precedentes de ley, no obstante lo cual admitieron y copiaron sin alteración el citado art. 340. Así ocurre en Bélgica, Luxemburgo, Rusia, Grecia, Holanda, Servia, Rumanía, Italia, Mónaco, Haiti, Costa Rica, Bolivia, Uruguay, Venezuela y algunos cantones suizos (Ginebra, Tessino, Neufchatel, Vaud, etc.) antes de la publicación del Código federal. Por punto general, ninguna de estas legislaciones admiten la investigación más que en los casos de violación ó rapto.

La aceptan libremente Inglaterra, Escocia, muchos de los

Estados del Norte América, Suecia y Noruega, Dinamarca, Austria, Hungría, Alemania, Suiza, Brasil, Perú, Chile, República Argentina, Guatemala, Salvador, Honduras, Bajo Canadá y colonia de Santa Lucía.

La mayoría de los Estados alemanes, como Baviera, Prusia, Sajonia y Wurtemberg, y de los cantones suizos (Berna, Zurich, Glaris, Friburgo, etc) admitían la investigación libre de la paternidad, ya antes de la unificación legislativa realizada por los Códigos de 1896 y 1907.

Antes de la formación del reino de Italia la admitían también las leyes civiles del Lombardo-Véneto, Toscana, Estados sardos y los pontificios; y sabido es que nuestra jurisprudencia ha venido admitiendo hasta ahora la posibilidad de la investigación.

No es extraño, pues, que ante un número tan grande de leyes favorables á este derecho haya podido exclamar Laurent, que «la investigacion de la paternidad forma el derecho común» (1).

El principio que rige en los Códigos de los países germánicos sobre este punto, es muy razonable y concuerda con el que hemos apuntado en la introducción á este título, á saber: que se admite la presunción de paternidad contra el varón que ha tenido comercio sexual con la madre en la época propia de la concepción, llegando algunos á excluir toda prueba en contrario si se dirige á demostrar que la mujer tuvo acceso en la misma época con otro hombre, *exceptio plurium concumbentium vel plurium constupratorum* (2). En Francia se ha intentado varias veces mo-

(1) *Motifs et materiaux*, etc., vol II, pág. 127.

(2) La solución del Código civil alemán está formulada en los siguientes artículos que copiamos por su gran importancia.

Art. 1717. Se reputará padre del hijo natural..., el que haya cohabitado con la madre en la época de la concepción, á menos que haya cohabitado también otro en la misma época. Sin embargo, no se tomará en cuenta la cohabitación cuando, según las circunstancias, sea evidentemente imposible que la madre haya concebido el hijo por consecuencia de esta cohabitación.

Art. 1718. El que en un documento público reconozca su paternidad des-

dificar el art. 340 de su Código, admitiendo con más ó menos amplitud la investigación. Pueden citarse la proposición de ley presentada en el Senado por MM. Bérenger, de Belcastel, Foucher de Careil y Schoelcher, sesión del 5 de Abril de 1879; la presentada en la Cámara de los Diputados por M. Gustave Rivet, pidiendo la supresión pura y simple del art. 340, sesión del 26 de Mayo de 1889; la presentada por MM. Arthur Groussier, René Viviani, Jean Jaurés, Milleraud, Clovis Hugues, etc., en la sesión de 28 de Enero de 1895, y las de Gustave Rivet, en la misma Cámara, de 9 de Julio de 1895 y 7 de Diciembre de 1900. Por fin se ha llevado á cabo la reforma en la muy progresiva ley de 16 de Noviembre de 1912, que admite la investigación de la paternidad en los siguientes casos: 1.º En el caso de rapto ó de violación que coincida con la época de la concepción. 2.º En el caso de seducción realizada por medio de maniobras dolosas, abuso de autoridad y promesa de matrimonio y si existe un principio de prueba por escrito. 3.º En el caso de que existan cartas ú otros documentos privados del padre que resulten una confesión no equívoca. 4.º En el caso de que el padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio durante la concepción. 5.º En el caso de que el presunto padre ha acudido ó tomado parte en la manutención y en la educación del niño en calidad de padre. Niega, por el contrario, la investigación en dos casos: 1.º Si resulta probado que la madre durante el período legal de la concepción ha llevado una vida notoriamente inmoral ó ha tenido relaciones con otra persona. 2.º Si el presunto pa-

---

pués del nacimiento del niño, no podrá excepcionar el que haya cohabitado otro con la madre en la época de la concepción.

Muy análoga es la doctrina siguiente del Código suizo:

Art. 314. Presúmese la paternidad cuando se prueba que entre los trescientos y los ciento ochenta días antes del nacimiento, ha cohabitado el demandado con la madre del niño Cesará, sin embargo, esta presunción si los hechos probados autorizan para dudar seriamente de la paternidad del demandado.

Art. 315. Será rechazada la acción de paternidad cuando en la época de la concepción fuese notoria la mala conducta de la madre.

dre, sea por ausencia ó por otra causa, estuviera físicamente imposibilitado para ser padre del niño.

El tercer grupo de leyes, que adoptan el sistema intermedio de prohibición relativa, esto es, que permiten la investigación en ciertos casos, está formado por las de Luisiana, Méjico y Portugal. En el mismo sentido redactó Laurent el art. 319 de su proyecto de reforma del Código civil belga. El nuestro puede figurar, como hemos visto en este último grupo, que representa un progreso frente á los de tipo napoleónico.

Los precedentes legales españoles abonaban, sin embargo, en favor de la libertad. Reconocíase ésta por los tribunales, apoyándose en la ley 7.ª, tít. 19, Partida 4.ª; la 11 de Toro, y la 4.ª, tít. 29, libro 12 de la Novísima Recopilación; con referencia esta última á los casos de estupro que luego se incluyeron en el Código penal. La jurisprudencia continuó proclamando la teoría de que era lícita por las leyes españolas la investigación de la paternidad, consignándolo así en varias sentencias del Tribunal Supremo, como la de 16 de Octubre de 1865; doctrina que se relacionaba con prácticas recibidas de antiguo en el derecho aragonés y el navarro.

A pesar de esto, las opiniones de los jurisconsultos vacilaban notablemente. Así puede advertirse en las varios proyectos de Códigos hechos en este siglo. El de 1851 adoptó la prohibición absoluta; el de 1869 la libertad completa, y el de 1882 el término medio de prohibición relativa, que al fin ha prevalecido, y contra el cual decía el Sr. Planas en su citada ponencia de 1886, aludiendo á las dudas que hemos mencionado: «Esta vacilación, que se hace más notable examinando los proyectos de bases para el Código civil de 21 de Octubre de 1881 y 9 de Enero de 1885, en los cuales, partiendo del sistema ecléctico, se dice, no obstante, una cosa distinta de lo que consigna el proyecto de 1882, nos comprueba de un modo claro *la conveniencia de respetar en el futuro Código el derecho hoy vigente*, tanto más cuanto, aunque algo numerosos los pleitos de filiación, *no lo son tanto*, sin embargo, que acusen un progreso en la inmoralidad, y aun se observa el

fenómeno, muy digno por cierto de tenerse en cuenta, de que en la gran mayoría de los casos el fallo es favorable al hijo que reclama la filiación, no obstante faltar muchas veces estos medios taxativos que exigen el proyecto de Código de 1882 y el de Bases de 1885 (1), y que no se presentan suficientemente justificados, ya que, aparte del inconveniente que en sí tienen del casuismo, grave siempre en toda obra legislativa, pueden, sin ventaja apreciable, impedir en muchos casos la declaración de un derecho tan preciado como el de filiación, que no debe encerrarse dentro de tan pequeños y estrechos límites.

Sin embargo de este razonamiento, el Congreso rechazó por 216 votos contra 117 la conclusión en que se admitía la libre investigación de la paternidad y maternidad naturales, y á nuestro juicio procedió con buen acuerdo, admitiendo la doctrina que ofrece menos inconvenientes.

II

Medios de prueba y uso de la acción.

Con arreglo al artículo que comentamos, no puede haber cuestión acerca de si es posible admitir por otro medio la prueba de la paternidad natural. Entendemos que no, porque el artículo es terminante y la intención de la ley más terminante aún. Se estableció en la base 5.ª que «no se admitirá investigación de la paternidad sino en los casos de delito, ó cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, ó cuando medie posesión de estado», y esto mismo es lo que se ordena en el presente artículo.

(1) «El Tribunal Supremo, en efecto, á pesar de que en algunas de sus sentencias parecía adoptar un criterio rigorista, basado en la necesidad del reconocimiento de que habla la ley 11 de Toro, viene á decir en definitiva, que por todos los medios de prueba admitidos en derecho puede justificarse la paternidad, aunque la niegue el padre; y hasta en la sentencia de 11 de Abril de 1861 da como válida la declaración de un hijo natural hecha por tales medios en un expediente de jurisdicción voluntaria sobre alimentos.» —*(Nota del Sr. Planas.)*

No puede, pues, prosperar la demanda para obligar al padre al reconocimiento de un hijo natural, aunque sólo se limite á pedir alimentos, si no se funda en el reconocimento expreso del padre hecho por escrito, en la posesión constante de estado de hijo natural ó en sentencia firme recaída en causa por delito de violación, estupro ó rapto. El escrito y la sentencia habrán de acompañarse á la demanda, y no puede admitirse otra prueba que la conducente á justificar que el escrito es indubitadamente del padre que en él reconozca su paternidad, ó la relativa á los actos directos del mismo padre ó de su familia, que demuestren la posesión continua de dicho estado. Para la prueba de estos dos hechos podrán utilizarse todos los medios que permite la ley de Enjuiciamiento civil, debiendo el juez rechazar la que por cualquier otro concepto se dirija á la investigación de la paternidad.

El escrito en que el padre reconozca su paternidad ha de ser un documento privado, porque si el reconocimiento constase en un documento público, caería de lleno en la esfera voluntaria del art. 131, y no habría necesidad de obligar al padre á un acto que ya había realizado por su voluntad. La ley exige que el escrito sea *indubitado* del padre, y que éste reconozca en él *expresamente* su paternidad. Si el escrito es un documento público, de los que hacen fe en juicio, se tendrá desde luego por indubitado para dicho efecto, salva la prueba en contrario; pero no tendrá ese carácter, cuando sea privado el escrito, sin el reconocimiento formal del padre: si éste lo niega, ó no puede reconocerlo por haber fallecido, podrá comprobarse su autenticidad por los medios que permite la ley, como ya se ha indicado, correspondiendo al tribunal sentenciador la apreciación de esta prueba.

En cuanto al otro requisito de ser expreso el reconocimiento, téngase presente que no basta hacerlo por incidencia; es indispensable que se consigne en el escrito la voluntad indubitada, clara y terminante del padre, de reconocer por suyo al hijo, *deliberadamente expresada con este fin*, como se ordena en la base 5.ª antes citada, de las aprobadas por la ley de 11 de Mayo de 1888;

de suerte que el escrito, aunque contenga otros particulares, como sucede en los testamentos, ha de tener por objeto el reconocimiento deliberado y expreso del hijo natural. No llena, pues, ese objeto la manifestación que incidentalmente haga el padre de ser hijo natural suyo la persona á quien se refiera, y mucho menos el dar á una persona el título y tratamiento de hijo en cartas familiares. Sin embargo, en cada caso decidirán los Tribunales, y cuando el escrito por sí solo no reconozca de un modo suficientemente expresivo la paternidad, servirá de base para acreditar, en unión con otros datos, la posesión constante del estado del hijo á los efectos de este artículo, y con arreglo á su número 2.º

¿Quién puede pedir el reconocimiento? Indudablemento sólo el hijo natural y sus descendientes, á quienes ha de aprovechar, y si fuesen menores ó incapacitados, la persona que legalmente los represente: podrá pedirlo la madre en representación del hijo, mientras lo tenga bajo su potestad. Si se ignora quién es la madre, y el hijo es menor, debe habérsele nombrado un tutor, por lo que es claro que no procede el nombramiento de defensor judicial indicado para este caso por algún comentarista. Por los menores ó incapacitados, repetimos, deben obrar sus representantes legítimos. Sobre este punto no se ha hecho declaración expresa, sin duda por no creerla necesaria. Se trata de una acción privada, y ha de seguirse la regla general.

En cuanto á la prescripción de esta acción, véase el art. 137 y su comentario.

El último párrafo del artículo que examinamos, hace relación al 464 del Código penal, según el que los reos de violación, estupro ó rapto han de ser condenados, entre otros extremos, por vía de indemnización, á reconocer la prole, si la calidad de su origen no lo impidiere.

III

Jurisprudencia.

A) *Investigación sobre la paternidad.*—Como hemos dicho, el art. 135 del Código, respetando la base 5.ª, prohibe las investigaciones sobre la paternidad. Como á pesar de ésto, se han suscitado cuestiones sobre este punto, respecto de hijos nacidos después de regir el Código, el Tribunal Supremo ha declarado, en sentencias de 21 de Mayo y 7 de Noviembre de 1896, que el precepto contenido en la ley 11 de Toro, y la jurisprudencia establecida en su aplicación, que obligaban á los padres á reconocer á sus hijos cuando éstos justificaran su origen, han sido esencialmente modificados por el art. 135 del Código, que al determinar cuándo el padre está obligado al reconocimiento del hijo natural, prohibe las investigaciones de la paternidad, esto es, la prueba de la filiación con relación al padre, aunque la autoriza con relación á la madre el art. 136 siguiente.

B) *Escrito indubitado del padre.*—El hecho de inscribir una persona de su puño y letra á un menor en el libro particular destinado á inscripciones análogas de sus hijos y familia, dándole su apellido y consignando otros datos precisos, conformes con el contenido de la partida de bautismo, en la que se expresa ser dicho menor hijo natural de aquella persona, constituye un reconocimiento serio, deliberado y expreso del estado de hijo natural y de su posesión continuada en el mismo, que obliga al padre con arreglo al art. 135. (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 1894.)

La carta en que una persona ofrece reconocer á una niña en su testamento, implica el reconocimiento expreso de la paternidad. (Sentencia de 16 de Octubre de 1906.)

No puede surtir consecuencias legales un documento privado en que el titulado padre manifiesta ante tres testigos que, hallándose enfermo en cama, reconoce á un hijo suyo, sin que

pueda firmar por encontrarse completamente ciego, pues considerando—dice el Tribunal Supremo—que, dadas la gravedad y transcendencia del acto de reconocimiento de los hijos naturales sobre la base de la ilicitud de la pesquisa de la paternidad, se explica que la ley haya rodeado el acto de reconocimiento de todas las precauciones necesarias para hacer constar la autenticidad del mismo y dificultar su suplantación, es manifiesto que el núm. 1.° del art. 135 del Código civil, hay que entenderle en el sentido de que el escrito suyo indubitado á que se refiere, se halle extendido de puño y letra del padre. (Sentencia de 13 de Febrero de 1907.)

El documento privado en que el padre reconoce al hijo y cuya autenticidad niega luego, puede reputarse como indubitado para el efecto de obligarle al reconocimiento, si se prueba aquélla por los medios establecidos por la ley, pues de otra suerte quedaría al arbitrio de las personas el hacer ilusorias las obligaciones contraídas en un documento privado. (Sentencia de 30 de Diciembre de 1907.)

C) *Posesión continua del estado de hijo natural.*—La posesión de estado de hijo natural, dice la sentencia de 28 de Junio de 1895, no requiere más que la continuación de hechos que presenten á una persona en la relación no interrumpida de hijo natural de otra determinada, sin que sea necesario el conocimiento ni la revelación del nombre del padre ó de la madre con quien no se haya establecido dicha relación de hechos, porque no lo exige el art. 135, y excluye tal necesidad la misma razón que en los artículos 130 y 132 abona el reconocimiento expreso hecho por uno solo de los padres.

La posesión continua de estado de hijo natural, declara la sentencia de 7 de Noviembre de 1896, ha de revelarse necesariamente por actos que demuestren con evidencia la voluntad del padre ó de su familia, en su caso, de tener como tal hijo natural al que pretenda ese reconocimiento obligado, tales como tenerlo en su casa, alimentarle y educarle en tal concepto, ú otros análogos de tal valor y eficacia, que acrediten cumplida-

mente que el hijo mantiene con aquel carácter relaciones constantes con el autor de sus días, y en su defecto con la familia de éste.

Según otra sentencia de 29 de Diciembre de 1899, el artículo 135 no admite más medios de justificación que los dos que enumera, por lo que no cabe decidir por meras presunciones; la posesión de estado no puede alegarse con éxito cuando se prueba que la familia del supuesto padre no ha tenido jamás por hijo de éste al que pretende serlo, ni dicho padre realizó nunca acto alguno que pudiera servir de apoyo á esa pretensión.

La misma doctrina viene á sostenerse en la sentencia de 21 de Mayo de 1896.

La posesión continua del estado de hija natural, comprobada por las circunstancias de haberla hecho bautizar el presunto padre como hija suya, haber manifestado repetidamente que lo era á diversos amigos, y haberle proporcionado en el mismo concepto medios para su alimento, educación y vestido, autoriza desde luego el reconocimiento de esa hija, á tenor del núm. 2.° del art. 135. (Sentencia de 23 de Junio de 1902.)

La doctrina de esta sentencia vuelve á confirmarse en otras de 26 de Junio de 1903 y 26 de Marzo de 1904, expresándose en la última que el hecho de llevar el padre á un niño á un colegio como hijo suyo, pagar los gastos de su enfermedad, manifestarlo así á varias personas, haber nacido en la misma casa, aunque en distinto piso, etc., denotan una posesión constante del estado del hijo, deducida de los actos de su padre, que obligan á reconocer la filiación natural.

La de 17 de Junio de 1905 declara que la posesión constante ha de dimanar de actos directos del mismo padre ó de su familia, con relación directa á la condición del hijo, y no de los actos de un pariente con relación al pleito.

Las cartas del supuesto padre natural en que sólo se demuestra interés por la madre, y los socorros facilitados á ésta, no prueban la paternidad. (Sentencia de 31 de Diciembre de 1902.)

La misma doctrina, pero con más generalidad, se contiene en otra de 19 de Diciembre del mismo año.

En la sentencia de 5 de Julio de 1906 declárase que para justificar la posesión de estado de hijo natural se requiere que los actos sean de tal naturaleza que revelen, á la vez que el convencimiento de la paternidad, la voluntad ostensible de tener y tratar al hijo como tal en las relaciones sociales y de la vida, y ésto no accidentalmente, sino continuadamente, porque en tal supuesto los actos tienen el mismo valor que el reconocimiento expreso.

En el mismo criterio restrictivo se inspira la de 12 de Octubre de 1907, que estima que el hecho de que dos nodrizas criaron á otros tantos niños, sufragando el gasto el demandado, quien además iba á casa de la demandante, los besaba, los llamaba hijos y encargaba para los mismos el mayor cuidado; el de que subvenía á las necesidades de la madre y de los seis hijos que la nacieron, el primero de los cuales se llamaba como el padre; y el de que los porteros de la casa donde vivió la actora sabían que el finado visitaba á ésta, se lamentaba de la mucha familia que tenía y era tenido en el concepto público como padre de los menores, no son suficientes para fundar la declaración de paternidad, pues no es legal confundir actos que puedan revelar más ó menos la presunción ó convencimiento en que una persona esté de su paternidad con relación á hijos naturales, con los que demuestren su propósito de poner á estos hijos en la posesión de tal estado.

D) *Derecho transitorio.*—En lo relativo á la posesión constante del estado de hijo natural, el Código introduce una innovación que favorece á esos hijos, por lo que, aunque dicha posesión se funde en hechos realizados en su mayor parte con antelación al Código, debe decidirse la cuestión, por virtud de la regla primera de las transitorias, con sujeción á las prescripciones de dicho Código, por lo que al declarar que el hijo reconocido tiene derecho á todos los beneficios que el mismo concede á los de su clase, no se infringe el art. 3.º del Código, las

disposiciones transitorias del mismo ni la ley 11 de Toro, inaplicable al caso. (Sentencia de 28 de Junio de 1895.)

En cambio, habiendo nacido el hijo antes de regir el Código civil, aparte su derecho á investigar su paternidad justificando su filiación, pueden ser reconocidos como naturales, ya de un modo expreso, verbal ó escrito, ya de un modo tácito, demostrado por cualquiera de los medios de prueba admitidos, según autoriza la cuarta regla transitoria. (Sentencia de 9 de Julio de 1896.)

La de 25 de Septiembre de 1898 aclara aún más la cuestión, haciéndose cargo de la dificultad que pudiera ofrecer la misma disposición transitoria 4.ª al decir que, si bien las acciones y derechos nacidos antes de su publicación se conservan en los términos que les reconocía la legislación anterior, el ejercicio de esas acciones ó derechos, su duración y el procedimiento para hacerlos valer han de sujetarse á lo dispuesto en el Código. El Tribunal Supremo, en dicha sentencia, declara que el art. 135 no es aplicable á los hijos nacidos bajo el régimen de la anterior legislación, porque el reconocimiento afecta á la existencia misma del derecho, tanto, como que es el acto que lo determina en favor del hijo que, por razón de su nacimiento, tenga capacidad para ser reconocido, sin que se trate de meras reglas de procedimiento.

Véanse también, sobre derecho transitorio en relación con el reconocimiento de hijos naturales, las sentencias de 29 de Noviembre de 1899, 16 de Enero de 1900, 9 de Abril de 1904 y 11 de Abril de 1906. Esta última declara que el ejercicio de la acción debe regularse por el derecho anterior al Código civil, si consta que antes de regir éste tuvieron lugar los actos de reconocimiento atribuídos al presunto padre.

ARTÍCULO 136

La madre estará obligada á reconocer al hijo natural:

1.º Cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior.

2.º Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Dando cumplimiento el presente artículo á la base quinta que permitía la investigación de la maternidad, satisface justamente las aspiraciones de la ciencia y de la justicia. El camino para esto era también más fácil. Había un precedente de gran fuerza, como es el Código francés, cuyas razones son las que generalmente se alegan para admitir aquel derecho, á pesar de la negativa que al de paternidad se opone.

El embarazo y el parto, se dice con razón, son hechos exteriores y positivos que la mujer no casada se esfuerza, sin duda, las más de las veces, en ocultar, pero que son, no obstante, de fácil prueba. Esta facilidad, de gran valor en los procedimientos, no añade, ciertamente, nada á la justicia y razón de aquel derecho del hijo de justificarlo ante la ley. Los escándalos que puede producir la investigación del padre, y que son la causa del retraimiento de los legisladores, aunque subsistan lo mismo en la investigación de la madre, «serán siempre menores y se compensarán con la certeza del resultado», como dice Demolombe. En nuestro Código se deja una completa amplitud en la prueba de los casos del núm. 2.º, mientras que el francés, «temiendo los peligros de la prueba testimonial sola, como dice dicho autor, y considerando que el interés de las familias, el honor de las mujeres, el pudor público, exigen ciertas garantías, no admite la prueba de testigos, sino bajo condición de existir un comienzo de prueba por escrito» (art. 341). Lo mismo disponen el Código italiano (art. 190), el belga (art. 341) y otros. Nuestro Código ha roto con esta limitación, exigiendo sólo que se pruebe *cumplidamente*, pero sin acotar la clase de pruebas, y lo mismo el de Suiza (art. 302), el de Portugal (art. 131), el de Méjico (art. 372), el del Uruguay (art. 218) y otros. Estos pro-

hiben la investigación de la maternidad cuando se trate de atribuir el hijo á una mujer casada.

En cuanto á la explicación de los términos que usa el artículo, no la creemos necesaria. Respecto del núm. 1.º, véase lo dicho en el artículo anterior; y por lo que toca al núm. 2.º, sólo hay que advertir que se consideran admisibles todas las clases de prueba, sin más requisito que fijar cumplidamente los hechos que se mencionan, iguales á los que consideraban esenciales los comentaristas del Código francés.

ARTÍCULO 137

Las acciones para el reconocimiento de hijos naturales sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres, salvo en los casos siguientes:

1.º Si el padre ó la madre hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso éste podrá deducir la acción antes de que transcurran los primeros cuatro años de su mayor edad.

2.º Si después de la muerte del padre ó de la madre apareciere algún documento de que antes no se hubiese tenido noticia, en el que reconozcan expresamente al hijo.

En este caso, la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento.

Establécese aquí una limitación general en cuanto al tiempo de usar la acción para el reconocimiento, y á seguida dos excepciones, en las cuales se fija también un plazo perentorio para entablar aquélla. De ordinario, no podrá entablarse sino en vida de los padres, lo cual parece lógico, puesto que ellos son los que personalmente han de hacer el reconocimiento, y conveniente, además, para evitar reclamaciones injustas con pruebas amañadas, que sólo el supuesto padre podría rechazar. Mas pueden existir circunstancias especiales, en cuya virtud la inflexibilidad de aquel plazo resulte una injusticia. El Código las atiende en los números 1.º y 2.º, casos ambos de indudable equidad.

Lo que no dice expresamente el artículo es á quién corresponden estas acciones, ni contra quiénes han de dirigirse. Ya hemos examinado esta cuestión con referencia al art. 135; pero del que ahora comentamos se deduce directamente que al hijo le corresponde, como es natural, la acción, y que ésta ha de dirigirse contra el padre ó la madre, cuando éstos vivan. Si han muerto, debe interpretarse que la acción irá contra sus herederos.

Critícase la disposición del último párrafo de este artículo en relación con el núm. 2.º, por estimarse injusto que, conocido el documento en vida del padre, las atenciones ó consideraciones naturales en muchos casos, hagan que se deje transcurrir el plazo de los seis meses, sin poder después ejercitar la acción el hijo mayor de edad cuando el padre muere. Cierto que en la mayoría de los casos, el hijo será menor, y sea la que fuere la fecha en que aparezca el documento, su acción no se extingue hasta transcurrir los primeros cuatro años de su mayor edad. Pero tal vez sería más conveniente contar el plazo de prescripción de la acción, desde la fecha del fallecimiento de los presuntos padres, y no, desde la del hallazgo del documento, en el caso de ser esta fecha anterior á aquélla.

Claro es, que, si el documento de que no se tenía noticia anterior, resulta ser público, y contiene un reconocimiento expreso del hijo natural, como exige el artículo, no habrá necesidad de ejercitar acción alguna (art. 131).

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1902, declara que la acción de reconocimiento por parte del hijo, ni es indispensable que sea propuesta por él mismo al llegar á la mayor edad, ni tiene limitación alguna en cuanto al tiempo en que se ha de *empezar* á ejercitar, pues el art. 137 sólo pone límite á esa acción después de muerto el padre, con relación al tiempo más allá del cual prescribe, por lo que puede interponer la acción una madre en nombre de su hijo menor de edad, á raíz del fallecimiento de su padre.

Abunda en la misma doctrina la sentencia de 26 de Marzo

de 1904, según la cual, siendo menor el hijo, puede en su nombre exigir su madre que se le considere tal hijo natural, aun despues de muerto el padre, puesto que el art. 137 concede al hijo esa acción hasta los cuatro años después de ser mayor, y siendo menor, obran en su nombre sus representantes legítimos.

Ahora bien: transcurridos esos cuatro años y ocurrido el fallecimiento del padre, ya no es posible ejercitar la acción, salvo el caso á que se refiere el núm. 2.º del art. 137. (Sentencia de 19 de Diciembre de 1902).

Puede suceder que el hijo muera antes de los cuatro años de su mayor edad, ó que el documento que apoye su petición de reconocimiento se descubra después de su muerte, ya ocurra ésta luego de haber fallecido los padres, como supone el artículo, ó en vida de ellos. En todo caso corresponderá la acción á los descendientes del hijo á quienes pueda interesar el reconocimiento.

La determinacion de plazos es una novedad con relación á otros códigos que, como el argentino y el de Portugal, no los fijan, concediendo así mayores ventajas al hijo, aunque les falta la precisión procesal que el nuestro tiene.

Para el derecho transitorio téngase en cuenta la sentencia de 28 de Diciembre de 1906, que declara no ser prescriptible la acción que el derecho antiguo concedía á los hijos naturales para solicitar el reconocimiento de su condición, fundándose en que ese derecho, sancionado por la ley 11 de Toro, no se hallaba sujeto á ninguna limitación de tiempo; en que la permanencia de su duración afecta á la sustantividad de tan importante derecho, y, por lo tanto, no puede cercenarse bajo el supuesto de que le alcanza la disposición 4.ª transitoria del Código civil, y, consiguientemente, en que la circunstancia de que se haya ejercitado después de promulgado éste, no permite aplicarle las reglas de la prescripción, por primera vez establecida en su art. 137. Establecen idéntica doctrina las sentencias de 22 de Abril de 1908 y 2 de Abril de 1909.

ARTÍCULO 138

El reconocimiento hecho á favor de un hijo que no reuna las condiciones del párrafo segundo del art. 119, ó en el cual se haya faltado á las prescripciones de esta sección, podrá ser impugnado por aquellos á quienes perjudique.

Significa este artículo, á la vez que el respeto á la legítima intervención de aquellos que resultan perjudicados por un reconocimiento ilegal, un medio, el más seguro posible, de evitar que estos abusos se cumplan.

En dos casos procede la impugnación: 1.°, cuando el hijo reconocido no es natural según los términos del art. 119; 2.°, cuando se falta á cualquiera de las prescripciones contenidas en esta sección.

Tocante al primero, ocurre la duda de si invalida lo preceptuado en los artículos 130 y 132; porque no fijándose límite en la impugnación, parece que puede referirse también al caso en que reconoce uno solo de los padres, y como para justificar que el hijo no puede ser reconocido por no ser natural, hay que investigar y hacer público el nombre del otro padre, la prescripción del art. 132 resulta modificada de hecho. Goyena, con referencia á esta misma cuestión, opinaba que no se contradicen ambas cosas, porque la impugnación del reconocimiento deberá hacerse «atacando la forma del instrumento, por no ser auténtica ó ser irregular, ó bien su contexto si ha sido dictado por el fraude ó la mentira; pero sin entregarse por esto á excepciones odiosas ni á pesquisas infamantes, de las que no hubiera prueba, ni aun indicio en el instrumento» Aunque esta interpretación no cierra el paso en absoluto á la investigación del nombre del otro padre, como prueba de la no naturalidad del hijo, es todavía inaplicable al artículo presente, según el cual, una de las causas de impugnación es que el hijo no reuna las condiciones del párrafo 2.° del art. 119.

La interpretación que nos parece más adecuada al sentido de la ley—aunque creemos posibles la duda y las cuestiones de derecho ante los tribunales—, es que la presunción del art. 130 y la prohibición del 132 quedan subsistentes en toda su fuerza; y que la impugnación podrá sólo entablarse cuando el padre que reconoce aisladamente no tiene el requisito del art. 130; es decir, no podía casarse libremente en el tiempo de la concepción, y por lo tanto, el hijo no es natural. De este modo, la impugnación se contrae al hecho mismo del reconocimiento y á la persona que lo realiza, sin invalidar lo dispuesto en el art. 132.

Los Códigos extranjeros conforman, por lo general, con el nuestro, y la razón dada á propósito del artículo correspondiente del francés viene á apoyar nuestra interpretación, puesto que en ella se negaba que la impugnación pudiera destruir el silencio á que obliga nuestro art. 132, diciendo, á propósito de lo que permite el 130, que no obstante los malos resultados que puede producir esta facultad al reconocimiento aislado, «vale más para la sociedad tolerar lo que ignora, que saber lo que debe castigar».

La facultad que concede el presente art. 138 para impugnar el reconocimiento de un hijo á los por él perjudicados en los casos que taxativamente marca, no puede anular, conforme al párrafo 2.º de la primera de sus disposiciones transitorias, un estado de personalidad que basado en la anterior legislación está sancionado judicialmente de modo definitivo. (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Enero de 1912.)

SECCION SEGUNDA

DE LOS DEMAS HIJOS ILEGÍTIMOS

En el comentario al art. 119 hemos expuesto la clasificación de los hijos ilegítimos que parece aceptar el Código, dividiéndolos en dos grandes grupos: *naturales*, que son los definidos en el art. 119, y todos los demás cuya condición jurídica se declara en la sección presente. No enumera el Código cuáles hijos sean

éstos de que ahora se ocupa; pero advirtiendo que, según él, son todos los que no caben en la categoría de *naturales*, y recordando las divisiones conocidas, podemos decir que son los *adulterinos*, los *incestuosos* y los *sacrílegos*, haciendo á todos estos de igual condición.

En el conjunto de la doctrina á ellos correspondiente no se sale el Código de lo ordinario en las legislaciones modernas, que es acentuar el rigor contra aquellas clases de hijos como pena de la unión de que proceden, haciéndoles pagar culpas que no son suyas. Alguna excepción hay, como la del Código alemán, el cual, inspirándose en el de Sajonia, ha seguido la corriente favorable á los ilegítimos iniciada en plena Edad Media por los Papas.

Vengamos á estudiar los artículos de nuestro Código, en los cuales tendremos ocasión de ampliar estas indicaciones.

ARTÍCULO 139

Los hijos ilegítimos, en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho á exigir de sus padres alimentos conforme al art. 143.

Por este artículo quedan limitados los derechos de los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos al de alimentos naturales á tenor del art. 143, que podrán exigirse en los casos que luego hemos de examinar.

Conocido es el rigor de las legislaciones y costumbres antiguas, y aun de la Edad Media, respecto de los nacidos de *damnato vel nefario coitu. Spurii et bastardi ex jure communi viles sunt et infames*, decía Fabro en su *Codex*. Se les excluía de los oficios públicos, y en muchas Universidades no podían recibir el grado de Doctor (*naturales non possunt doctorari*). El derecho francés los colocaba en la clase de los extranjeros y siervos; y, en una palabra, la sociedad, no obstante los esfuerzos humanitarios de algunos Papas, desterraba á los ilegítimos de la consideración y el comercio ordinario entre los hombres.

Nuestro derecho anterior al Codigo seguía en parte este rigor, y en parte era más favorable á los ilegítimos de que ahora tratamos.

El Fuero Juzgo concede á los sacrílegos y adulterinos, en defecto de hijos de otro casamiento de sus padres, la *buena* de éstos: «que magüer que sean nazidos de peccado fueron purgados por el baptismo» (ley 2.ª, tít. 5.º, libro 3.º) Las Partidas significan un retroceso, declarando que los ilegítimos «non han las honrras de los padres é de los abuelos, e demas non podrian heredar los bienes de los padres nin de los abuelos, nin de los otros parientes que descendieren de ellos» ley 3.ª, tít. 15, Partida 4.ª) Confirma esto en la ley 10, tít. 13, Partida 6.ª, diciendo que «nascido seyendo alguno de fornication, o de incesto, o de adulterio, este atal non puede ser llamado fijo natural, nin deue heredar ninguna cosa de los bienes de su padre; e si atal fijo como este diesse el padre alguna cosa de lo suyo, los otros fijos legítimos que fuesen de aquel padre mismo pueden revocar la donacion e la manda.» Pero remedian este rigor diciendo en la misma ley: «fueras ende si el Rey le confirmasse la donacion, o la manda por su priuilejo», y en la siguiente 11.ª, que permite al hijo adulterino heredar en los bienes de su madre «en uno con los otros fijos legítimos que nascen della.»

La ley 9.ª de Toro niega á los ilegítimos de cualquier calidad que sean, el poder heredar á sus madres *ex testamento* ó *abintestato*, «en caso de que tengan sus madres, hijo ó hijos, ó descendientes legítimos; pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes»; y lo mismo, aunque no existan hijos ni descendientes legítimos, si aquéllos proceden de *dañado y punible ayuntamiento*. Igualmente, según la ley 10, los alimentos debidos á los ilegítimos, en caso de que el padre ó la madre vengan obligados á darlos, no excederán «de la quinta parte de sus bienes». Las leyes citadas 9.ª y 10 pasaron á ser, respectivamente, la 5.ª y 6.ª del título 20, libro 10, de la Novísima Recopilación.

Se ve, pues, que, en general, las leyes anteriores al Código,

aunque inspiradas en el mismo rigor que éste, permiten mayores beneficios en provecho de los hijos ilegítimos no naturales; mientras que el Código les niega en absoluto y para todos los casos, existan ó no descendientes legítimos de los padres, todo otro derecho que exceda del de alimentos, el cual ni siquiera tendrá la amplitud de la ley 5.ª, tít. 19, Partida 4.ª, que imponía á la madre *y á los ascendientes maternos* la obligación de alimentar á los hijos adulterinos y á los demás ilegítimos, permitiéndolo igualmente á los parientes que suben «por la liña derecha del padre» cuando lo verifican por propia voluntad. Lo único que el padre hace es transmitir la obligación del padre ó la madre á sus herederos, manteniéndola hasta que los hijos lleguen á la mayor edad; y en el caso de estar incapacitados, mientras dure esta situación (art. 845).

En el art. 143, á que se refiere el que comentamos, se incluye también la obligación de costear á los ilegítimos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio. A esto, pues, y á los auxilios necesarios para la subsistencia, tienen derecho únicamente tales hijos, y limitado á los padres, que los hayan reconocido, ó se hallen en alguno de los casos del artículo siguiente, sin extenderse la obligación á los abuelos.

Concuerda así nuestro Código con otros extranjeros que, como el francés, significan una reacción contra anteriores concesiones en favor de los ilegítimos. Así son los de Italia, Holanda, Portugal, Argentina, Méjico, Chile y otros. Pero ni son todos, ni les acompañan las aspiraciones modernas.

Al frente de todas las legislaciones reformistas en este punto está el citado Código alemán, que hace iguales en derechos á todos los ilegítimos, y por tanto, favorece grandemente á los adulterinos, sacrílegos ó incestuosos. Lo mismo se reconoce en algunas legislaciones de los Estados Unidos y en el Código austriaco (1), que no sólo concede los derechos de alimentos, edu-

(1) Un precedente de esta doctrina se halla en la ley dada por la Convención francesa en 11 de Brumario del año II (4 Julio 1793.)

cación y colocación, sino también los de herencia respecto á la madre, de igual modo que á los legítimos. Finalmente, la opinión científica en Italia, cuyo código conforma con el que comentamos; en Francia tan dura para los ilegítimos, cuyo crecimiento no sabe, sin embargo, contener; en Bélgica, y en casi toda Europa, clama por el mejoramiento de la condición de los ilegítimos. El mismo Laurent, en su anteproyecto de Código, formula varias quejas contra la dureza de las leyes respecto á los ilegítimos, y aboga en favor de su mejoramiento de condición.

Nuestro Código, pues, se limita á seguir un temperamento medio, alejado del rigor del derecho romano que negó hasta los alimentos á los hijos habidos *ex complexu nefario, aut incesto seu damnato* (Auténtica á la ley 6.ª, tít. 5.º, libro 5.º del Código), pero más restrictivo que algunas leyes de la Edad Media.

ARTÍCULO 140

El derecho á los alimentos de que habla el artículo anterior, sólo podrá ejercitarse:

1.º Si la paternidad ó maternidad se infiere de una sentencia firme, dictada en proceso criminal ó civil.

2.º Si la paternidad ó maternidad resulta de un documento indubitado del padre ó de la madre, en que expresamente reconozca la filiación.

3.º Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

ARTÍCULO 141

Fuera de los casos expresados en los números 1.º y 2.º del artículo anterior, no se admitirá en juicio demanda alguna que, directa ni indirectamente, tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales.

Todavía resulta más limitado el derecho único de los ilegítimos con las reservas contenidas en estos dos artículos. El

efecto general de ellos es evitar en absoluto la investigación de la paternidad, y permitir en toda su amplitud la de la maternidad siguiendo así la base 5.ª, puesto que el caso 2.° del artículo 140 no es más que una ratificación de reconocimiento anterior (1) (como en el art 135 respecto á los naturales), y el 1.° debe referirse á los casos de violación, estupro ó rapto, ó á los pleitos entablados según los artículos 135 y 136, de cuya sentencia resulte que el hijo no es natural, pero sí adulterino, incestuoso ó sacrílego. Fuera de estos dos casos, en que ya resulta justificada la paternidad, y sin acompañar los documentos á que se refieren, «no se admitirá en juicio demanda alguna que, *directa ni indirectamente*, tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos». Así lo ordena el art. 141, de acuerdo con lo que ya estaba prevenido en los artículos 1609 y 1610 de la ley de Enjuiciamiento civil.

El núm. 3.° es una excelente innovación que no figura en otros códigos, pero que provee en beneficio de los hijos un caso de razón perfecta y en el cual no concurre la inseguridad y misterio que con respecto al padre suelen alegarse. Se reproduce lo que respecto de los hijos naturales se ordena en el art. 136, cuyo comentario podrá consultarse.

Cuando la paternidad no se infiere de sentencia firme, ni resulta de documento auténtico en que expresamente se reconozca la filiación, es imposible legalmente conceder alimentos á título de hijo ilegítimo no natural. (Sentencia de 28 de Marzo de 1896.)

En otra de 20 de Abril de 1892 se aplica con todo rigor el precepto del art. 141 á los hijos nacidos antes de regir el Código, declarando no admisible toda demanda de investigación de paternidad, si no se acompañan los documentos justificativos enumerados en el art. 140.

(1) Un precedente interesante es el del Fuero aragonés *De natis ex damnato coitu*, que permitía á la mujer probar en juicio la paternidad del hijo que diera á luz, cuando el padre lo había reconocido anteriormente y negaba después la paternidad.

La de 9 de Abril de 1908 insiste en que sólo pueden pretender alimentos los hijos naturales que ostenten alguno de los documentos especificados en los núms. 1.º y 2.º del art. 140 del Código civil, y declara, además, que, al efecto de dicho núm. 1.º, no basta una sentencia criminal absolutoria, en cuyos resultandos se dé por probada la filiación, pues el deber de prestar alimentos se impone por consecuencia de un fallo condenatorio y como consecuencia de la respectiva sanción penal. Puede verse también la sentencia de 4 de Junio de 1912.

La sentencia de 23 de Abril de 1904 declara que lo que prohibe el art. 141 es la investigación de la paternidad, pero no la de la maternidad, implícitamente autorizada en ese artículo y en los 135 y 136, siendo independiente la cuestión de fondo que entraña el hecho de poder ser ó no el hijo natural ó ilegítimo de otra clase, cuando no se pretende el reconocimiento de clase determinada, sino que sólo se trata de exigir alimentos.

Nuestro Código es más amplio en este punto que otros extranjeros que ponen limitaciones á la investigación de maternidad, como el de Méjico, que atendiendo demasiado al respeto de la persona de la madre, prohibe aquel derecho cuando ésta se halle ligada «con vínculo conyugal al tiempo en que se pida el reconocimiento» (art. 372). En cambio, es menos liberal que otras leyes, en las cuales se ha permitido á todos los ilegítimos que investiguen la persona del padre. Así, por ejemplo en el decreto citado de la Convención francesa; apoyando á esta doctrina, el parecer de algunos autores franceses, como Accollas y Amiable (1).

Otras legislaciones, como la austriaca, establecen que «al mantenimiento de la prole ilegítima está obligado, en primer lugar, el padre, y cuando éste no tenga medios, pasa su obligación á la madre» (párrafo 167).

El Código alemán dispone que «el padre deberá alimentos antes que la madre y que los ascendientes maternos. Cuando la

(1) Véase Cimbali, ob. cit.

madre ó un ascendiente materno obligado á suministrar alimentos los suministre al hijo, pasará á la madre ó á su ascendiente la acción de alimentos del hijo contra el padre» (art. 1709).

Entre nosotros se observará la regla del art. 145, y la obligación de dar alimentos al hijo ilegítimo recaerá sobre el padre y la madre, cuando los dos estén obligados á prestarlos; pero si no puede imponerse esta obligación al padre por no ser permitida la investigación de su paternidad, y consta ó se ha realizado la de la madre, como sucederá en la mayor parte de los casos, ésta sola habrá de atender necesariamente á dicha obligación.

TÍTULO VI

DE LOS ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

I

Consideraciones generales sobre el derecho á los alimentos.

La doctrina jurídica sobre alimentos es una de las que mayores dudas han suscitado, dando origen á empeñadas contiendas entre los expositores y comentaristas de nuestro derecho y de la mayor parte de las legislaciones extranjeras.

En los límites de esta obra no entra, ni cuadra tampoco al carácter práctico de los presentes comentarios, la investigación de los principios filosóficos y jurídicos en que se funda el derecho á los alimentos concedidos por la ley á determinadas personas, ni menos la exposición detallada del distinto concepto que á cada una de las escuelas ha merecido.

Como ha dicho uno de nuestros más autorizados tratadistas (1), la palabra *alimentos* que en su sentido recto significa las cosas que sirven para sustentar el cuerpo *(alimentum, ab alere)*, se usa en el lenguaje jurídico para designar todo aquello que se da á una persona para atender á su subsistencia.

Esa prestación objeto de los alimentos puede ser distinta, según que se limite á lo puramente indispensable para subsistir el que los recibe, ó se extienda la asignación alimenticia á todo

---

(1) Arrazola, *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, tomo 2.º, página 511.

lo necesario para vivir y mantenerse el alimentista *con arreglo á su estado y circunstancias*, comprendiéndose en ella no sólo las necesidades precisas é indispensables de la vida, sino también las ficticias que nacen de la posición civil y social en que se encuentre.

De aquí la división hecha por todos los autores y por la jurisprudencia en alimentos *naturales* y *civiles;* distinción que no ha borrado el Código, como veremos más adelante.

El derecho á exigir alimentos puede provenir de la ley ó de la voluntad, bien presunta en virtud de los principios de la equidad ó por oficios de piedad natural en el hombre, bien manifiesta por la convención ó por cualquier otro acto unipersonal *intervivos* ó *mortis causa*. En razón, pues, á su origen, divídense los alimentos en legales y voluntarios, y aun dentro de los primeros cabe también nueva distinción en consideración á la causa ó razón legal de su prestación, pues unos son establecidos por virtud del parentesco que une al alimentante con el alimentista, y otros por motivos extraños á dicha relación jurídica, como en su lugar se indicará.

El presente título se contrae en especial, según su epígrafe, á los alimentos entre parientes; pero el último de los artículos que comprende, extiende las disposiciones del mismo á todos los demás casos en que por ley, por pacto ó por última voluntad se deben alimentos, á no existir disposición en contrario.

Como resulta del contexto mismo de los doce artículos que constituyen el título que examinamos, el nuevo Código ha venido á establecer en reglas claras y precisas toda la doctrina jurídica sobre la materia, fijando en primer término el concepto de los alimentos mediante su definición, determinando después qué personas son las obligadas á satisfacer alimentos y el orden en que debe ser cumplida esta obligación, en el caso de ser varios los que tuvieren el deber de prestar los alimentos ó los que los solicitaren; y precisando, por último, los caracteres distintivos propios de este derecho, así como los términos á que ha de ajustarse su ejercicio. Y al proceder de este modo haciendo de esta

materia objeto de un título especial, consagrado al desarrollo de dicha doctrina, á cuyos preceptos ha dado carácter general y supletorio por el art. 153, ha conseguido el nuevo Código suplir deficiencias del proyecto de 1851 y aun de la ley de Matrimonio civil, que consignaban la obligación de prestarse alimentos los parientes entre los efectos generales del matrimonio, como si no existiesen otros nacidos de título distinto que merecieran ser regulados por el legislador.

En el curso de la historia y en todos los países el derecho de alimentos se ha manifestado originariamente en el seno de la familia; después lo ha consagrado la ley fuera de ella en algunos casos por motivos diversos, y contrayéndonos á los primeros, no podemos menos de consignar las frases de un escritor ya citado, que condensan toda la controversia sostenida sobre el fundamento de tales alimentos.

«El sér humano, que viene á la vida con el destino que le señala su propia naturaleza, tiene un derecho á la existencia y al desarrollo de la misma según sus facultades; es decir, tiene un derecho absoluto á su conservación. En la organización actual de la familia y de la sociedad se halla impuesta, primero á los parientes y después al Estado, la obligación de proveer á dicha necesidad; y cada uno en su caso está en el deber de procurar al que por sí no podría cumplir dicho fin, los medios necesarios para su conservación y desarrollo: deber altamente social, que no depende de la voluntad del que le tiene, sino que se impone á todos como una de las condiciones necesarias de la vida progresiva de la humanidad» (1).

Fúndese ó no, en efecto, el derecho á los alimentos entre parientes en ese derecho á la existencia; nazca ó no de un deber de piedad y de caridad elevado á obligación imperfecta por la ley natural, según otros escritores dicen; tenga ó no su origen ese derecho en los vínculos de cariño que mutuamente deben existir entre los individuos de una familia, en la reciprocidad

---

(1) Arrazola. *Enciclopedia española*, tomo 2.°, pág. 518.

de los derechos sucesorios como algunos han dicho, ó en cualquiera otra causa, lo cierto es que todas las escuelas, lo mismo individualistas que socialistas, filósofos y juristas, moralistas y filántropos, han reconocido unanimemente que siendo la personalidad humana un sér físico y espiritual, con necesidades de uno y otro orden para la realización de su fin individual, indispensable aparece que aquellos que en determinadas circunstancias se encuentran, provean de los medios necesarios para el cumplimiento de dicho fin á los que por su propia debilidad, por imposibilidad física ó moral ó por cualquiera otra circunstancia no pudieran bastarse á sí mismos; fundando en esa razón suprema, aparte de otros más levantados motivos, la obligación consignada en todos los códigos, respecto de los parientes, de prestarse mutua y recíprocamente alimentos cuando éstos fueren necesarios.

Si esa obligación es puramente natural ó civil; si debe constituir sólo un deber moral sin otras sanciones que los estímulos de la propia conciencia, ó si, por el contrario, ha de tener cabida en los códigos siendo uno de sus más precisos preceptos, no nos importa averiguarlo, ni hemos de entrar por nuestra cuenta en las discusiones con tal motivo promovidas; pues para el estudio que venimos haciendo nos basta encontrarle formando parte de nuestro derecho positivo, ya que el legislador, teniendo en cuenta las enseñanzas de la experiencia, ha consignado desde antiguo en nuestros cuerpos legales este deber estableciendo las formas y disposiciones convenientes para garantizar su cumplimiento y para hacer eficaz el derecho que le es correlativo; pues si bien no debiera éste necesitar de requerimientos judiciales ni de otros apremios que los del cariño, son, por desgracia, frecuentes los casos en que resulta violado y desconocido por las enconadas luchas de las pasiones y de los intereses.

Esta es la razón y el fundamento de que la ley haya hecho siempre obligatorios los alimentos entre parientes, siendo dicha obligación objeto de disposición expresa en sus preceptos, y ese

es también el motivo de que el Código que comentamos le consagre un título especial, en el que se ha precisado la doctrina, supliendo, según se ha dicho ya, las deficiencias de que adolecía nuestra antigua legislación.

Pocas, muy pocas mejor dicho, son las innovaciones introducidas en esta materia por dicho Código, porque como veremos al examinar cada uno de los artículos del presente título, no se ha hecho otra cosa en las disposiciones nuevamente traídas al cuerpo de nuestro derecho que fijar y sancionar como precepto escrito lo que había sido ya resuelto por la doctrina y la jurisprudencia.

De este modo se ajustaron estrictamente los autores del Código á la expresa y terminante prevención de la base cuarta de la ley de 11 de Mayo de 1888, según la que habían de determinarse en él, de conformidad con los principios esenciales en que se fundaba el estado legal á la sazón vigente, las relaciones jurídicas que constituyen el derecho de familia, excepto en aquellas determinadas relativas al usufructo concedido al cónyuge viudo, al orden de suceder en las herencias abintestato, á la libertad de estipulación en los contratos sobre bienes con ocasión de matrimonio y á la condición jurídica y efectos de las aportaciones hechas por la mujer al mismo (1), respecto de cuyas relaciones había tenido el legislador que seguir ideas distintas más en armonía con los principios modernos, en consideración á los que hubo de prescindir algún tanto del respeto guardado siempre por el mismo al tradicional derecho de familia.

El precepto de dicha base, que establecía los términos á que habían de ajustarse las disposiciones del Código en materia de alimentos entre parientes, nos obliga á exponer, siquiera sea, sumariamente, cuáles eran los principios fundamentales de nuestro antiguo derecho en cuanto á la misma, puesto que éstos deben constituir el espíritu de la nueva legislación y han de servirnos para interpretar debidamente cada uno de sus artículos,

---

(1) Bases 17, 18, 22 y 25 de la ley de 11 de Mayo de 1888.

y deducir con recto criterio la causa ó razón legal de las innovaciones introducidas en el mismo.

II

Legislación anterior al Código.

Según las leyes 2.ª, tít. 19 de la Partida 4.ª, y 5.ª, tít. 33 de la Partida 7.ª, entendíase por alimentos todo lo necesario para comer, beber, vestir, calzar, casa donde habitar y lo que fuere preciso para recobrar la salud.

Debían alimentos en primer lugar los padres á sus hijos legítimos (1) y naturales (2). Subsistiendo el matrimonio, la madre debía criar á sus hijos menores de tres años, y los padres á los que fueren mayores de dicha edad; pero si la madre fuese tan pobre que no los pudiese criar, el padre debía darle lo que fuera menester para criarlos (3); y esto mismo se hallaba establecido para los hijos naturales (4).

Disuelto el matrimonio por alguna razón derecha, aquel por cuya culpa se partió, obligado era á dar de lo suyo con que criar los hijos si era rico, ya fuesen mayores de tres años, ya menores de dicha edad. Pero si era pobre y el otro cónyuge rico, éste debía ser el que proveyera á la crianza de tales hijos (5).

En cuanto á los demás hijos ilegítimos ó espúreos, la ley 5.ª del tít. 19, Partida 4.ª, tantas veces anotado, se limitó á establecer que respecto de los habidos en adulterio, incesto ú otro fornicio, los parientes que suben por la línea derecha de parte del padre no eran tenudos de los criar si no quisieren, fueras ende si lo fizieren por su mesura, moviéndose naturalmente á criarlos é á facerles alguna merced, assi como farían á otros ex-

---

(1) Ley 2.ª, tít. 19 de la Partida 4.ª, y art. 63 de la ley de Matrimonio civil.

(2) Ley 3.ª, título 8.º, libro 3.º del Fuero Real; ley 5.ª, título 19 de la de la Partida 4.ª

(3) Ley 3.ª, título 19 de la Partida 3.ª

(4) Ley 3.ª, título 8.º, libro 3.º del Fuero Real.

(5) Leyes 3.ª y 4.ª, título 19 de la Partida 4.ª

traños porque no mueran»; y en vista de los términos de dicha ley, se creyó por mucho tiempo que el padre no tenía obligación de dar alimentos á tales hijos; pero el Tribunal Supremo ha puesto término á esa inteligencia, entre otras sentencias, en la de 26 de Noviembre de 1884, estableciendo que la exclusión hecha en la citada ley acerca de la obligación de alimentos á los hijos espúreos se limita tan sólo á los ascendientes paternos, por lo que no estando comprendido el padre en su precepto para eximirse de dicha obligación, es visto que lo está en lo que disponen las leyes 1.ª y 2.ª del mismo título y Partida, que imponen á los padres la de alimentar á sus hijos.

A su vez, éstos obligados venían á alimentar á sus padres si incurrieran en pobreza, debiendo cada uno de dichos hijos proveer á esa necesidad, según su poder, «quier fuesen casados, quier non» (1).

La obligación de los padres de dar alimentos á los hijos no tenía limitación alguna de tiempo; así es que éstos, en cualquiera edad en que se encontrasen, podían reclamarlos cuando los necesitaban (2). Sin embargo, perdían el derecho á los alimentos si cometían algún acto de grave ingratitud contra sus padres, como el acusarlos de delito que mereciera pena de muerte, deshonra ó pérdida de bienes (3).

A falta de padres, ó cuando éstos carecieran de recursos, la obligación de prestar alimentos pasaba sucesivamente á los ascendientes por ambas líneas (4); pero si los hijos ó descendientes no eran legítimos ni naturales, sino espúreos, la obligación pesaba sólo sobre los ascendientes de la madre (5).

Si un tercero suministraba alimentos á los hijos con ánimo de cobrarlos, podía reclamar su importe contra los padres el que

---

(1) Ley 1.ª, tít 8.º, libro 3.º del Fuero Real; ley 4.ª, tít. 19 de la Partida 4.ª; art. 72 de la ley de Matrimonio civil, y sentencia de 16 de Abril de 1859.
(2) Ley 6.ª, tít. 19 de la Partida 4.ª
(3) Idem íd
(4) Ley 4.ª, tít. 19 de la Partida 4.ª
(5) Ley 5.ª, tít. 19 de la Partida 4.ª

los hubiera suministrado (1), sin que la pérdida de la patria potestad pudiera libertar del cargo de los alimentos á los padres, ni de pagar los que al menor le hubiere dado un tercero si desde un principio manifestó éste que no lo hacía gratuitamente (2).

La obligación de alimentos era recíproca entre ascendientes y descendientes (3), siguiéndose el orden correlativo; de modo que el abuelo sólo podía reclamarlos al nieto cuando el hijo hubiera fallecido ó se hallara en la indigencia, y del mismo modo el nieto no podía pedir alimentos al abuelo viviendo los padres y teniendo éstos posibilidad de suministrarlos (4).

También tenían obligación de prestarse alimentos los cónyuges entre sí, debiendo el marido proporcionar á la mujer todo lo necesario para la vida, aunque no hubiera aportado dote ni tuviera bienes parafernales (5). En el caso de separación por sentencia judicial, si el marido era el que había dado motivo para ella, debía alimentar á la mujer con arreglo á la clase y facultades de ésta; pero si ella era la culpable, sólo tenía derecho á lo indispensable para la vida, sin perjuicio de proveerla de alimentos interinos ó provisionales mientras se sustanciaba el pleito de divorcio (6).

Muerto el marido, sus herederos debían alimentar á la viuda, en tanto se hacía la división de la herencia, si hubiera quedado en cinta, aunque se le hubiese devuelto la dote y tuviera otros bienes, pues se daban más en consideración al póstumo que á ella misma. Si no quedó embarazada y no tenía hijos, no debían los herederos alimentarla más que hasta la devolución de la dote.

En el caso de ser pobre el marido y rica la mujer, ésta de-

---

(1) Ley 3.ª, tít. 20 de la Partida 4.ª

(2) Leyes 3.ª y 4.ª, tít. 20 de la Partida 4.ª, y 5.ª, tít. 37, libro 7.º de la Novísima Recopilación, y sentencia de 19 de Noviembre de 1885.

(3) Leyes 2.ª y 4.ª, tít. 19 de la Partida 4.ª

(4) Sentencias de 4 de Septiembre de 1860 y 27 de Junio de 1864.

(5) Ley 7.ª, tít 2.º de la Partida 4.ª, y art. 44 de la ley de Matrimonio civil.

(6) Artículos 1916 y 1609 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

bía alimentar al primero (1) aun cuando estuvieran judicialmente separados, si bien algunos tratadistas negaban este derecho al marido si éste fué el que motivó la separación.

Finalmente, se debían alimentos dentro de la familia, ó sea por razón de parentesco, los hermanos legítimos, germanos, uterinos ó consanguíneos, por el orden en que quedan mencionados, á falta de ascendientes y descendientes ó por imposibilidad de éstos para satisfacerlos (2).

Los alimentos que recíprocamente se debían los ascendientes y descendientes eran los que hemos llamado civiles (3), refiriéndose lo mismo esta obligación á los ascendientes y descendientes legítimos que á los naturales, sin más distinción que si éstos concurrían á recibirlos con los legítimos, habían de dejarse á salvo en todo caso las legítimas (4), y si los padres no hubieran señalado en testamento alimentos á sus hijos naturales, podían éstos reclamarlos á los herederos (5). Los hijos espúreos sólo tenían derecho á los alimentos naturales, según hemos dicho ya en otra ocasión. Los cónyuges debían percibir alimentos civiles, excepto en el caso de ser la mujer la alimentista, y haber dado motivo á la separación del matrimonio; y por último, en cuanto á los hermanos solían regularse á razón de la sexta parte del patrimonio del que los daba, debiendo repartirse entre todos los alimentistas si eran varios los que tenían derecho á ellos.

Cesaba la obligación de dar alimentos: 1.°, cuando la fortuna del que estaba obligado á darlos se hubiera reducido hasta el punto de que éste no pudiera satisfacerlos sin desatender sus necesidades precisas y las de su familia; 2.°, cuando el que había de recibirlos hubiera mejorado de fortuna hasta el punto de no serle necesario para su subsistencia; 3.°, cuando el mismo

(1) Ley 7.ª, tít. 2.° de la Partida 4.ª

(2) Ley 1.ª, tít. 8.°, lib. 3.° del Fuero Real, y art. 77 de la ley de Matrimonio civil.

(3) Ley 2.ª, tít. 19 de la Partida 4.ª

(4) Leyes 6.ª y 8.ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación.

(5) Ley 8.ª, tít. 13 de la Partida 6.ª

hubiera cometido alguna falta por las que legalmente le podrá desheredar el obligado á satisfacerlos; y 4.°, cuando el que los hubiere de percibir fuera descendiente ó hermano del que los hubiera de satisfacer, y la necesidad de aquél proviniese de mala conducta ó falta de aplicación al trabajo mientras que esta causa subsistiese (1).

Dicha obligación era indivisible por naturaleza, aunque fuesen muchos los que la tuvieran, y se transmitía á los herederos del alimentante. Por el contrario, el derecho á los alimentos era puramente personal, no podía transmitirse por lo tanto á un tercero, ni podía extinguirse por la renuncia de la persona que hubiera de percibirlos, por ser ésta contraria al derecho natural, que prohibe la privación voluntaria de la existencia.

Los alimentos habían de ser proporcionados al caudal de quien los diera y á las necesidades del que los recibiera, debiendo reducirse ó aumentarse proporcionalmente, según la disminución ó aumento que sufrieren las necesidades del alimentista, y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos (2).

La obligación de dar alimentos era exigible desde que los necesitara para vivir la persona que tenía derecho á percibirlos (3), y por último, el alimentista tenía que vivir en compañía del que debiera satisfacer los alimentos, en el caso de que éste justificase no poder cumplir de otro modo su obligación por la escasez de su fortuna (4), con lo que la ley de Matrimonio civil vino á modificar las leyes anteriores.

Tal era, á grandes rasgos expuesto, nuestro derecho existente á la publicación del Código civil en cuanto á alimentos entre parientes, y la reseña que queda hecha, aunque breve, nos permite ya entrar en el examen de cada uno de los artículos de que consta el título especial del mismo consagrado á dicha materia.

---

(1) Art. 75 de la ley de Matrimonio civil, y leyes 2.ª, 3.ª, 4.ª y 6.ª, tít. 19 de la Partida 4.ª

(2) Arts. 73 y 76 de la ley de Matrimonio civil.

(3) Art. 74 de íd.

(4) Artículo 78 de íd.

ARTÍCULO 142

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia.

Los alimentos comprenden también la educación é instrucción del alimentista cuando es menor de edad.

Como se ha visto en la rápida exposición hecha anteriormente, este artículo tiene sus precedentes legales en las leyes 2.ª, título 19 de la Partida 4.ª, y 5.ª, tit. 33 de la partida 7.ª, con los cuales tiene gran analogía, puesto que se hallan reproducidos en él todos los términos empleados por dichas leyes para determinar las prestaciones que pueden ser materia de los alimentos, distinguiéndose tan sólo en que el artículo que examinamos extiende el objeto de éstos á otra nueva atención en determinados casos, cual es la educación é instrucción del alimentista cuando fuere menor de edad.

Concuerda asimismo dicho artículo con el 171 del Código portugués, si bien en éste se omite en la definición de los alimentos lo relativo á la asistencia médica, restringiendo el concepto de éstos en general á lo que nuestros tratadistas llamaron alimentos naturales. Esto, no obstante, en el apartado único que contiene se comprende dentro de los límites de los mismos la educación é instrucción del *alimentado* en el caso de ser menor de edad. El Código alemán define de un modo muy general los alimentos, diciendo que «comprenderán todas las primeras necesidades de la vida» (Art. 1610).

También encontramos concordancias con este artículo en los señalados con los núms. 222 y 223 del Código de Méjico, en el 121 del de Uruguay y en el 323 del de Chile.

Su objeto es definir los alimentos, estableciendo de una manera precisa y clara el concepto de los mismos, pues nuestras antiguas leyes, especialmente las de Partida, á pesar de su afición á las definiciones, no habían determinado lo que hubiera de

entenderse por alimentos, limitándose á fijar por referencia á sus fines la materia de los mismos, y dando lugar con ello á dudas y discusiones que por largo tiempo han mantenido viva controversia acerca del sentido de sus términos.

Según la primera de las dos leyes citadas, son objeto de los alimentos todas aquellas cosas que son precisas para la vida, ó para emplear los términos de dicha disposición legal, la comida, la bebida, el vestido, el calzado, la morada y todas aquellas cosas que son menester y sin las cuales no pueden los hombres vivir.

La generalidad de este precepto no puede menos de demostrar que dentro de él están comprendidas tanto las necesidades relativas al sustento del cuerpo como las relacionadas con el restablecimiento ó conservación de la salud, ó sea la asistencia médica, puesto que la razón legal es la misma en uno que en otro caso é igual fundamento tiene la necesidad de proveer al alimentista de los medios indispensables para la realización de dichos fines.

La asistencia médica se hallaba ordenada ya en el Derecho romano (1), y si bien se omitió su expresión en la ley 2.ª, título 19 de la Partida 4.ª, no por eso se excluyó dicha asistencia de la materia objeto de los alimentos, puesto que á más de las expresadas terminantemente en esa ley, se estableció que debían comprender los alimentos todas aquellas otras cosas que eran menester para la vida, entre las cuales se encuentran el restablecimiento y conservación de la salud; y así es que más adelante, en la 5.ª del tít. 33 de la Partida 7.ª, se consigna que se deben al alimentista, cuando enfermare, los que fuese preciso para recobrar la salud.

Al consignar, pues, el artículo que examinamos la asistencia médica entre los objetos de los alimentos, apartándose en este punto del Código portugués, que los limita al sustento, habitación y vestido, no ha introducido ninguna innovación en nues-

(1) Ley 24, tít. 16, lib. 50 del Digesto, y 13, tít. 19, lib. 19 del Código.

tro Derecho, como equivocadamente ha supuesto alguno de los anotadores del Código.

Aunque el Código no ha adoptado la antigua denominación de alimentos naturales y civiles, de que hablamos en la introducción de este título, ha reconocido, sin embargo, la diferencia que entre ellos existía, habiéndolo consignado así la Comisión codificadora en su exposición de motivos (1), puesto que en algunos casos, como en la sucesión ilegítima, reduce los alimentos á lo puramente indispensable para la subsistencia ó para la vida (2), y, en general, establece por este artículo que los alimentos se presten *según la posición* de la familia; es decir, en los términos propios de los alimentos civiles, y aun extiende su objeto á la educación é instrucción del alimentista, respecto de lo que no puede caber la menor duda de que tiene el concepto de alimentos civiles.

Lo que el Código ha hecho al establecer este segundo párrafo del artículo que examinamos, es crear dos órdenes distintos de obligaciones de parte del alimentante: unas permanentes y generales para todos los casos, que son las que se refieren á las necesidades físicas del alimentista, y otras puramente accidentales y temporales, que son las que hacen relación á las necesidades del desarrollo intelectual del mismo. Las primeras duran toda la vida del alimentista, debiendo ser cumplidas siempre que tuviera necesidad de ellas, á no ocurrir alguno de los casos por los que cesa la obligación de prestar alimentos, según el art. 152 del presente Código, y las segundas sólo son exigibles *durante la menor edad* del que hubiere de recibirlos.

Así parece resultar de los términos empleados por el Código, puesto que en dicho párrafo 2.° del presente artículo se dice que los alimentos comprenden también la educación é instrucción del alimentista *cuando es menor de edad;* pero desde luego se observa que no pueden entenderse dichos términos en un sentido tan

(1) Página 29 del presente tomo.
(2) Párrafo 2.°, núm. 4.°, art. 143 del Código.

absoluto y restringido, pues de lo contrario podría darse el absurdo de que, habiendo empezado una carrera el alimentista siendo menor de edad, y no habiéndola terminado á los veintitrés años, hubiera de cesar el alimentante en la obligación de subvenir á los gastos de ella por el hecho de haber llegado á la mayor edad, haciéndose ineficaz así el objeto en que se inspira dicha disposición.

Por el contrario, entendemos que empezada una carrera ó profesión en la menor edad por el alimentista, tiene derecho á exigir que el alimentante provea á esta necesidad aun después de haber llegado á la mayor edad, y en esta creencia nos confirma no sólo la razón de la ley, que quedaría en otro caso desatendida, sino también el enlace del párrafo que estudiamos con el penúltimo del art. 143 siguiente, pues, si según éste, el padre está obligado á costear á los hijos en la sucesión ilegítima la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio sin limitación de tiempo alguno, ¿con cuánto más motivo no ha de reconocérsele esa obligación respecto de los hijos legítimos, que no deben ser de peor condición que aquéllos?

Réstanos indicar que, con arreglo al art. 1041 del Código, no están sujetos á colación los gastos de alimentación y educación; y que, según el 1042, no deben traerse á colación sino cuando el padre lo disponga ó cuando perjudique á las legítimas los gastos que éste hubiere hecho para dar á sus hijos una carrera profesional ó artística; pero cuando proceda colacionarlos se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres.

La definición consignada en el Código comprende, pues, las exigencias más apremiantes y precisas de la vida, siendo, por lo tanto, muy completa y mereciendo elogio, no sólo por su claridad y sencillez, sino también por haber equiparado á las necesidades físicas las del espíritu: la educación é instrucción son tan necesarias al desarrollo intelectual del alimentista, como los alimentos materiales precisos para el sustento del cuerpo.

El derecho que la ley concede á determinadas personas

para exigir todas las prestaciones indicadas en este artículo, puede ser ejercitado de dos modos y en dos vías distintas: por el procedimiento sumarísimo, establecido en el título 18, libro 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil, para la concesión de alimentos provisionales, ó por un juicio civil ordinario en que ampliamente se declare el derecho á percibir los alimentos y su cuantía (1).

Independiente de la cuota alimenticia, el marido está obligado á abonar los gastos que ocasione la defensa en juicio de los derechos de su mujer, y el padre los de la defensa de sus hijos, según declaran las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de Abril de 1896 y 24 de Enero de 1900.

La necesidad de los alimentos debe justificarse por el que los reclama. (Sentencia de 21 de Febrero de 1898).

ARTÍCULO 143

Están obligados recíprocamente á darse alimentos, en toda la extensión que señala el artículo precedente:

1.º Los cónyuges.

2.º Los ascendientes y descendientes legítimos.

3.º Los padres y los hijos legitimados por concesión Real y los descendientes legítimos de éstos.

4.º Los padres y los hijos naturales reconocidos, y los descendientes legítimos de éstos.

Los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, se deben, por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia. Los padres están además obligados á costear á los hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio.

Los hermanos deben también á sus hermanos legítimos, aunque sólo sean uterinos ó consanguíneos, los

(1) Véanse en el primer caso los arts. 1609 al 1617 de la ley de Enjuiciamiento civil.

auxilios necesarios para la vida, cuando por un defecto físico ó moral, ó por cualquiera otra causa que no sea imputable al alimentista, no pueda éste procurarse su subsistencia. En estos auxilios están, en su caso, comprendidos los gastos indispensables para costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio.

Este artículo tiene sus precedentes en las leyes 7.ª, tít. 2.º; 2.ª, 3.ª y 5.ª del tít. 19, y 34 del tít. 20, todas de la Partida 4.ª; en la 3.ª, tít. 8.º, libro 3.º del Fuero Real, y en los arts. 44, 63, 72 y 77 de la ley de Matrimonio civil; y concuerda con los artículos 69, 70, 120 y 130 del proyecto de Código de 1851; 172 á 175 y 177 del Código de Portugal; 203 á 207 y 333 del de Francia; 138, 139 y 141 del de Italia, y 116 á 120 del de Uruguay.

Definido en el anterior lo que debe entenderse por alimentos, el Código determina en el presente artículo cuáles son las personas obligadas á prestárselos mutuamente, y teniendo en cuenta el especial carácter de dicha obligación, circunscribe este deber á aquellos parientes más próximos ó entre quienes los vínculos jurídicos del parentesco son más inmediatos, por presumir en ellos la ley un mayor grado de cariño que ha de hacer más llevadera esa carga.

Siendo varias las personas á quienes el Código impone la obligación de prestarse alimentos, conviene, para la debida claridad, estudiar por separado cada uno de los casos comprendidos en el artículo que examinamos.

I

Alimentos entre los cónyuges y sobre litisexpensas.

Están, en primer término, obligados recíprocamente á alimentarse los cónyuges, es decir, las personas unidas en matrimonio, siendo este precepto consecuencia necesaria y precisa de uno de los fines principales del matrimonio y complemento del

artículo 56, que declara de modo expreso y terminantemente que los cónyuges, á más de vivir juntos y de guardarse fidelidad, están obligados á socorrerse mutuamente.

En efecto; según dijimos al examinar dicho artículo, la vida en común y la observancia de la fidelidad no bastan á llenar las condiciones esenciales del matrimonio y á significar de una manera acabada la unión íntima que por él se realiza. Para ello es preciso que se cumpla otro de los deberes comunes á los cónyuges, sin el que serían conceptos vanos la unión y el mutuo auxilio de los mismos, cual es el deber llamado de *asistencia* por un ilustrado expositor del derecho civil italiano, profesor de la Universidad de Turín, siendo su fuerza y eficacia tan poderosa, en opinión de éste, que habría de subsistir aun cuando se rompiera la unión matrimonial por la separación de los esposos (1).

La independencia de la familia, la naturaleza misma del matrimonio así lo exigen, y desde antiguo encontramos consignado ese deber en nuestras leyes.

Ya citamos en el lugar oportuno de este tomo la plausible prevención contenida en la ley 7.ª, tít. 2.º de la Partida 4.ª, á la que dió forma concisa y concreta en su art. 44 la ley de Matrimonio civil, que constituía la legislación vigente en la materia, con anterioridad á la publicación del Código, según declaración hecha por el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de Mayo de 1883, estableciendo en dicho artículo que los cónyuges están obligados á socorrerse mutuamente.

Este deber de asistencia ó de mutuo auxilio debe entenderse limitado por los términos de la *proporcionalidad* que, según expondremos más adelante, constituye uno de los caracteres peculiares y propios del derecho de alimentos. Esto es, que en su cumplimiento el marido debe suministrar á la mujer, y ésta á aquél en su caso, cuanto fuere necesario para las exigencias de la vida; pero teniendo en cuenta sus propias necesidades y en proporción á su posición, porque de lo contrario, en vez de una

(1) Chironi, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. II, pág. 227.

justa asociación, se convertiría el matrimonio, como dice el autor antes citado, en ocasión de hacer uno de los cónyuges gastos ruinosos con grave daño suyo y de la familia.

¿Esa obligación en que se hallan los cónyuges de suministrarse mutuamente alimentos, es absoluta, ó admite alguna excepción?

Antes de la publicación del Código sosteníanse encontradas opiniones acerca de este punto, efecto de las dudas á que había dado origen la interpretación de nuestras antiguas leyes. Entendían algunos, entre ellos el comentarista Antonio Gómez, que no era exigible la obligación del marido de dar alimentos á su esposa cuando ésta no entregaba á aquél la dote prometida, opinando que en este caso, según derecho constituído, no sólo no tenía el marido la obligación de mantenerla, sino que además podía echarla de casa, enviándola con tal objeto á la de sus padres, o á la del que prometió la dote. Otros, por el contrario, sostenían, entre ellos Escriche, que no naciendo la obligación del marido de alimentar á su esposa de la entrega de la dote ni de los demás bienes de ésta, sino de la naturaleza misma del matrimonio que exigía que ambos cónyuges se suministraran mutuamente *según su poder* las cosas necesarias para la vida, como ordenaba la ley de Partida antes indicada, no se podía considerar autorizado á aquél para enviar la mujer como por vía de apremio á casa del que ofreció dotarla para que la mantuviese hasta el cumplimiento de dicha promesa.

El Código ha venido á poner término á estas cuestiones, no admitiendo distinción ni excepción alguna más que en aquellos casos en que con arreglo al art. 152 cesa la obligación de suministrar los alimentos, y, por lo tanto, la falta de la entrega de la dote prometida, como accidental que es en el matrimonio, no puede servir de obstáculo ni traba al ejercicio del derecho que á favor de la mujer como al del marido establece el núm. 1.º del artículo que examinamos para reclamar alimentos á su respectivo cónyuge.

Otras dudas se han suscitado también acerca de si los ali-

mentos eran debidos tan sólo mientras los cónyuges permanecían unidos, ó si también se extendía dicha obligación al caso en que estuvieren separados judicialmente.

Los términos en que se produjo la ley 7.ª, tít. 2.º de la Partida 4.ª, al imponer á los cónyuges el deber de no desampararse el uno al otro *por guardar la fe é la lealtad que se prometieron en el casamiento,* y al disponer que debían vivir *todos* en uno y proveerse *de las cosas que menester le fizieren según su poder*, hizo presumir que esta obligación dependía de la unión de los mismos, y, por lo tanto, que no eran exigibles los alimentos en caso de divorcio, hasta que las Reales cédulas de 22 de Marzo de 1787 y 18 de Marzo de 1804 resolvieron que, mientras se sustanciase la causa de separación, el marido debía alimentos á su mujer (1) en proporción á las facultades del mismo, ya fuese pedida dicha separación á instancia de la mujer ó del marido.

Aun así, quedó en pie por falta de precepto expreso la duda de si esa obligación subsistiría, y en qué términos, después de haber recaído sentencia de divorcio; y si tanto en este caso como en el de estar aun pendiente el pleito, tendría la mujer rica que alimentar al marido pobre.

Respecto á la primera de dichas cuestiones, era opinión corriente entre los comentaristas la subsistencia de dicha obligación, con la diferencia de que si el marido hubiese dado motivo al divorcio, tenía que suministrar alimentos civiles, es decir, en proporción á sus facultades y condición social de su esposa; y por el contrario, si la mujer era culpable, los alimentos otorgados á la misma eran los naturales, limitados, por lo tanto, á lo más preciso para la subsistencia (2). Y en cuanto á la segunda, aunque no existía esa conformidad, generalmente se entendía que si la mujer hubiere dado lugar á la separación, quedaba, en efecto, obligada á suministrar alimentos al marido pobre, si

(1) Elizondo, tomo LII, cap. 13, núm. 30.

(2) Castillo, lib. 3.º, cap. 27, núm. 4.º—Ferrari, *Cod.* párrafo núm. 18 *in adit.*—Febrero, libro 1.º, cap. 4.º, párrafo 3.º—Julio Claro, libro 5.º *Tratado de Adulterio*, párrafo núm. 17.

ella era rica; pero en completo desacuerdo se hallaban en el caso contrario, es decir, si el marido hubiere sido el causante de la separación, opinando algunos, como Escriche, que no podría obtenerlos sino con suma dificultad (1).

La ley de Matrimonio civil nada dijo sobre esto. En el Código existen disposiciones que resuelven esta cuestión. Examinando detenidamente sus preceptos, se deduce que tanto la mujer como el marido deben alimentos á su respectivo cónyuge, no sólo mientras permanecen en común, sino aun después de separados por sentencia de divorcio.

Sin embargo, no todos opinan del mismo modo; pues fundándose algunos en que el art. 68, al determinar los efectos civiles de la presentación de la damanda de divorcio, sólo habla de los alimentos que deben ser concedidos á la mujer y á los hijos que no hayan de quedar en poder del padre, sin decir nada del marido que pudiera necesitarlos, y teniendo en cuenta que igual preterición se observa en el art. 73, que establece los efectos de la sentencia de divorcio, han entendido que la mujer únicamente viene obligada á prestar alimentos á su esposo *mientras dure la vida común* (2). Creemos que es errónea esta opinión: según el principio general consignado en el mismo artículo que comentamos, la obligación de suministrar alimentos es recíproca entre las personas obligadas á darlos y á recibirlos, ó sea en el caso del núm. 1.º de dicho artículo, entre uno y otro cónyuge, y como nacida del deber de asistencia y de mutuo auxilio que entre ambos debe existir durante el matrimonio, es indudable que dicha obligación debe subsistir todo el tiempo que subsista el matrimonio.

Esto sentado, como el divorcio no disuelve ni rompe el matrimonio, sino que únicamente produce «la suspensión de la vida común de los casados», según literalmente se consigna en el artículo 104 de dicho Código, resulta plenamente justificado el de-

---

(1) *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 1.º, pág. 439.
(2) Texto y comentarios al Código civil español, por la redacción de la *Revista de Derecho internacional*, tomo 1.º, pág. 291.

ber en que se halla cada uno de los esposos en su caso de suministrar alimentos á su cónyuge después de la sentencia de divorcio, porque aun después de ésta la mujer culpable sigue siendo la esposa de su marido, como éste continúa siendo el esposo de su cónyuge, y no puede, por lo tanto, cesar el deber común de asistencia, derivado de ese vínculo jurídico que á ambos une, y que, según opinión de Chironi en la referencia antes indicada, debe subsistir aunque desaparezcan los demás fines del matrimonio por la separación judicial de los cónyuges.

No es necesario acudir al terreno de los principios como lo hemos hecho, ni á la interpretación de los artículos citados, para demostrar la subsistencia de dicha obligación por parte de uno ú otro cónyuge, puesto que el Código ha cuidado de consignarla expresamente, estableciendo en el art. 1434 que acordada la separación de los bienes del matrimonio, lo mismo por causa de divorcio que por cualquier otro motivo, si bien quedará disuelta desde entonces la sociedad de gananciales, el marido y la mujer *deberán atender recíprocamente á su sostenimiento y al de sus hijos* durante la separación; precepto cuya claridad no puede dar lugar á duda alguna y que resuelve por completo la cuestión mencionada. El Código de Méjico establece también la obligación recíproca de alimentos entre los cónyuges aun en caso de divorcio (artículo 217).

La jurisprudencia no está muy acorde en lo relativo al alcance del núm. 1.º del artículo que comentamos, al imponer á los cónyuges la recíproca obligación de alimentarse.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Octubre de 1903, con vista de este artículo y del 56, declara que el deber que tienen los cónyuges de socorrerse mutuamente es compatible con todas las situaciones en que se encuentre el matrimonio, siempre que la necesidad de recibir alimentos no sea imputable ó causada por hechos del que los pide; por consiguiente, el marido que abandona á su mujer y vive separado de ella, sin intentar acción alguna para tenerla en su compañía ni para divorciarse, tiene el deber de alimentarla mientras dure esa situación.

En cambio, la de 3 de Noviembre de 1905, con vista de los artículos 56, 143, 148, 151 y 152, establece la doctrina siguiente: «La prescripción del art. 143, núm. 1.°, de que los cónyuges están obligados recíprocamente á darse alimentos, no puede menos de estar subordinada á las demás disposiciones del Código que regulan la organización de la familia y los deberes de los esposos no separados legalmente, entre los que se hallan los de vivir juntos y socorrerse mutuamente, como previene el artículo 56, y esto supuesto, la obligación de suministrar alimentos el cónyuge que tenga bienes al que carece de ellos, y los necesita para subsistir, se ha de entender limitada al caso en que con arreglo á derecho se haya decretado la separación de los mismos, ya interina ya definitivamente, caso que, con relación al marido, sólo puede llegar cuando se dicta contra él sentencia de divorcio y se le priva de la administración. De prevalecer la doctrina contraria, se vendría á sancionar que los unidos por el vínculo del matrimonio, podrían prescindir de él separándose por su propia voluntad, estableciendo en contra del precepto del art. 56, un estado de derecho completamente incompatible con la naturaleza y efectos del matrimonio, prescindiendo de los deberes inherentes al mismo, y perturbando la unidad de la familia en oposición de lo que la ley, de acuerdo con la moral, establece».

La doctrina de esta sentencia es en extremo razonable, pero prescinde demasiado de la realidad de la vida, en la que, por múltiples causas, se impone la separación del matrimonio, y una separación voluntaria por falta del valor necesario para seguir un pleito, ó para hacer públicas miserias y deshonras. Por ello, nosotros aceptamos la doctrina de los artículos 56 y núm. 1.° del 143, del modo general en que se halla establecida y como compatible, como dice la sentencia de 16 de Octubre de 1903, con todas las situaciones en que pueda encontrarse el matrimonio. Lo mejor es enemigo de lo bueno, y no debe distinguirse donde la ley no distingue. La obligación de vivir juntos los cónyuges, es independiente de la de guardarse fidelidad, y de la de

socorrerse el uno al otro en sus necesidades. Cada uno de los esposos puede exigir el cumplimiento de esas obligaciones en la vida legal normal del matrimonio, ó solamente el de alguna de ellas, sin que al pedir una sola pueda imponérseles, digámoslo así, de oficio el cumplimiento de las demás.

En cuanto á la separación por nulidad de matrimonio los términos varían, pues entonces la sentencia declaratoria de ella destruye el vínculo matrimonial, y no existe ya, por lo tanto, la razón legal de la prestación de alimentos. Así lo ha estimado el Código, estableciendo en su art. 72 que la ejecutoria de nulidad producirá los mismos efectos que la disolución por muerte, y en su virtud habrán de seguirse en este caso las reglas que ya tenemos expuestas respecto de dicha disolución.

Para evitar repeticiones, véase lo expuesto al comentar la disposición 4.ª del art. 68.

Nuestro derecho antiguo, y lo mismo el Código civil, han concedido alimentos á la mujer casada, no sólo en vida de su esposo, sino hasta después de disuelto el matrimonio, por muerte de éste, en algunos casos.

Uno de ellos es el de la viuda que quedare encinta, la cual debe ser alimentada con cargo á los bienes hereditarios, aun cuando fuere rica y se le hubiere restituído la dote (art. 964). También la viuda que hubiese aportado dote al matrimonio tiene derecho á que se le den alimentos del caudal que constituya la herencia de su marido hasta la restitución de la dote, si no hubiese optado por el derecho que le concede el art. 1379 de exigir durante un año los intereses ó frutos de la misma. Finalmente, mientras se liquida la sociedad de gananciales por disolución del matrimonio, la mujer tendrá igualmente derecho, y lo mismo el marido en su caso, á que de los bienes de la masa común se le den los alimentos hasta que se haga la liquidación del caudal inventariado y se le entregue su respectivo haber, debiendo, sin embargo, observarse que en este caso ha de rebajarse de dicho haber la parte en que excedan los alimentos suministrados de lo que le hubiese correspondido por razón de fru-

tos ó rentas (art. 1430); aclaración importantísima que modifica en este punto nuestras antiguas leyes y que viene á evitar las dudas y dificultades que se suscitaban en la inteligencia de las mismas.

En cuanto á la mujer que no hubiere aportado dote al matrimonio, la opinión corriente era que los herederos no estaban obligados á alimentarla, limitándose la ley á concederla la cuarta marital, con las limitaciones que son harto conocidas para tener que descender á su exposición, en el caso de carecer de bienes propios. Este sistema ni era justo ni conveniente, pues dejaba á la viuda pobre privada de todo recurso en aquellas circunstancias en que más necesitada de amparo se hallaba, y sin enlace alguno con la familia del marido. Si el derecho á los alimentos concedido por la ley á la mujer casada no nace, como hemos dicho en otra ocasión, de la circunstancia de haber aportado dote ó de tener bienes que hayan podido ser usufructuados por el marido, sino de las relaciones jurídicas creadas entre los mismos por el hecho del matrimonio, ¿en virtud de qué razón se negaría ese derecho á la viuda indotada, que seguramente ha de tener mayor necesidad de los alimentos que la que cuenta con bienes propios que deben serle restituídos, como sucede con la dote?

Comprendiendo esa injusticia que entraña la negativa del derecho á alimentos á la viuda pobre durante un tiempo más ó menos largo á partir del fallecimiento del esposo, la doctrina y la jurisprudencia francesa, interpretando el art. 1570 de su Código civil, establecieron el derecho de la mujer indotada á los alimentos, á la habitación y á los lutos.

Entre otros códigos, el napolitano siguió la disposición del Código francés citado, y si bien asoció el derecho á la habitación durante el año siguiente á la muerte y los lutos á la constitución de la dote, haciendo depender de ella la concesión de esos derechos, estableció á favor de la viuda pobre una prestación *alimentaria* vitalicia con cargo al caudal hereditario del cónyuge premuerto. El Código sardo estableció también el derecho á los vestidos indispensables para el luto de la viuda y á los alimen-

tos necesarios durante los diez meses posteriores al fallecimiento del marido, é igual principio se observa en las distintas legislaciones vigentes en los diversos depart mentos de Italia antes de la promulgación del actual Código civil.

Al unificarse el derecho italiano mediante dicho código, se sancionó el derecho sucesorio de la mujer concediéndole una cuota especial en la herencia del cónyuge premuerto. Sin embargo, todavía surgieron cuestiones sobre si la viuda indotada tendría ó no derecho á exigir de la herencia del marido durante el año de luto alimentos, vestidos de luto y la habitación, ó cuando menos estas dos últimas cosas. Pero todas estas cuestiones, que más al pormenor pueden examinarse en los estudios críticos de jurisprudencia civil italiana, publicados por el profesor Chironi con el título de *Questioni di diritto civile*, así como las demás que acerca del particular nos sugiere el estudio de algunas otras legislaciones extranjeras, carecen de aplicación á nuestro objeto, porque el Código civil que comentamos ha resuelto la dificultad en términos bien explícitos.

Con efecto; en los arts. 834 y siguientes se concede al cónyuge sobreviviente una porción determinada en usufructo en la herencia de su consorte, que puede variar según las circunstancias. En el párrafo 2.° del 1379 y en el 1427 se establece la obligación de abonar á la viuda, del caudal de la herencia del marido, los vestidos de luto según su clase; y á más de sancionar de este modo los derechos del cónyuge sobreviviente, dispone en el art. 1430 que de la masa común de bienes se den alimentos á éste hasta la liquidación del caudal inventariado y entrega de su respectivo haber.

Con tales preceptos entendemos que puede quedar resuelta la cuestión indicada, sosteniendo que en todo caso la viuda, y lo mismo el viudo, tiene derecho á alimentos por razón de la participación que se le concede en la herencia del cónyuge premuerto; pero en su ejercicio hay que distinguir si la viuda indotada tiene ó no bienes propios, parafernales ó extradotales, ó si, por el contrario, fuere pobre.

En el primero de dichos casos, como falta la circunstancia de su necesidad, que es la causa de la prestación de los alimentos, no habrá por qué exigirlos. En el segundo hay que distinguir á su vez si existen ó no gananciales, debiendo estarse en el primero de estos supuestos á lo ordenado en el referido art. 1430, y en el segundo se otorgarán los alimentos á la viuda pobre con cargo á la herencia en usufructo que le conceden los arts. 834 y siguientes del Código; pero habrá de observarse en este caso lo dispuesto en el art. 1063, abonándose en la partición, como el mismo establece, las rentas y frutos percibidos en tal concepto. De donde resulta que la viuda pobre tiene siempre derecho á los alimentos durante la proindivisión del caudal hereditario, desapareciendo la desigualdad injusta de nuestra antigua doctrina entre la viuda dotada ó indotada respecto á la provisión de alimentos en dicho período.

Esa obligación que el marido ó sus herederos tienen de suministrar alimentos á la mujer, aun después de terminada la vida en común, la encontramos establecida en casi todas las legislaciones, siendo de notar por la especialidad de sus preceptos la inglesa, en la que la mujer casada, aun en el caso de ser culpable y haber dado lugar á la separación de los cónyuges, tiene derecho á exigir el señalamiento de una pensión alimenticia ó la concesión por una sola vez de una cantidsd determinada para atender á sus necesidades, pudiendo llegar la pensión alimenticia hasta la mitad de las rentas del marido cuando éste hubiere sido el culpable.

Tal importancia ha dado siempre la ley á los alimentos entre los cónyuges, que repetidamente se halla declarado por la jurisprudencia que la renuncia de ellos, ó la obligación de no pedirlos, es por completo ineficaz como contraria á las leyes que imponen al marido y á la mujer mientras dure la sociedad conyugal la obligación de alimentarse de los productos de los bienes pertenecientes á la misma (1); principio que reprodujo la ley de

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 1879.

Matrimonio civil en su art. 74 y que ha ampliado el Código en el 151, que más adelante examinaremos, estableciendo que no es renunciable ni transmisible á un tercero el derecho á los alimentos.

Litisexpensas.—Con la materia de los alimentos que el marido debe prestar á su esposa después de hallarse separados, se relaciona íntimamente otra prestación, cual es la de litisexpensas, para que la mujer pueda satisfacer con ellas los gastos que le ocasione su defensa en las reclamaciones judiciales que tuviere que promover por consecuencia de dicha separación.

La jurisprudencia, supliendo omisiones de nuestras antiguas leyes, y haciéndola derivar del principio de la comunidad entre ambos cónyuges de los productos de los bienes pertenecientes al matrimonio, impuso al marido la obligación de prestar litisexpensas á su esposa, siendo ésta exigible desde la necesidad del gasto judicial, como fundada en las relaciones de familia (1).

Constituyendo la jurisprudencia una de las fuentes de derecho en la legislación vigente á la publicación del Código, formaba parte del estado legal creado por la misma, en cuanto al derecho de familia, ese principio axiomático reconocido por la doctrina y sancionado repetidamente por los fallos de los tribunales, fundado en la naturaleza de la sociedad legal de gananciales; y, por lo tanto, debió ser respetado por los autores del Código con arreglo á lo dispuesto en la base 4.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888.

Sin embargo, no todos opinan del mismo modo. Fundados algunos en que el art. 68, que determina los efectos civiles de la interposición y admisión de la demanda de divorcio y de nulidad de matrimonio, sólo habla de la concesión de alimentos, suponen que el Código ha venido á derogar por preterición el derecho á exigir litisexpensas, llegando á sostener que se halla privada la

(1) Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de Abril de 1886, 3 de Octubre de 1883 y 6 de Abril de 1878; doctrina repetida con posterioridad á la vigencia del Código en las sentencias de 15 de Abril de 1896, 4 de Julio del mismo año, 26 de Enero de 1897 y otras.

mujer de ese derecho hasta en el caso de estar organizado el matrimonio bajo el régimen dotal ó sociedad legal de gananciales, porque en el art. 1408 no se enumeran expresamente entre las cargas y obligaciones de dicha sociedad las litisexpensas que el marido debiera dar á su esposa en su caso, deduciendo de esto que los alimentos, que han de señalarse á la mujer con arreglo á la disposición 4.ª del art. 68 antes citado, deben ser fijados con la amplitud y en la cuantía conveniente para poder atender con ellos, á más de la manutención, á los gastos judiciales.

Es cierto que en el art. 68 tantas veces citado no se consigna entre los efectos civiles de la interposición y admisión de las demandas de nulidad de matrimonio y de divorcio, á que dicho artículo se refiere, la obligación del marido á prestar litisexpensas á su mujer, ó viceversa; pero basta la mera lectura de las cinco prevenciones que contiene, para comprender que las disposiciones ordenadas en el mismo son esencialmente sustantivas, por contraerse á la seguridad, libertad y subsistencia del cónyuge que necesitare promover el juicio, al cuidado de los hijos del matrimonio y á la independencia que en esos casos debe tener la mujer en la administración de sus bienes. Por eso, aunque dichas disposiciones se hallaban consignadas yà en su mayor parte en la ley de Enjuiciamiento, la de Matrimonio civil y el Código vigente las llevaron á su articulado, por ser este el lugar oportuno para su fijación, si bien dejaron su desarrollo y desenvolvimiento para la ley procesal, como debe quedar para ella lo relativo á la forma en que deben ejercitarse los derechos y las acciones derivadas de los mismos.

La acción de litisexpensas, como todo lo demás referente á la habilitación de la mujer de los medios de comparecer en juicio y de sostener su derecho, por su índole puramente formal, corresponde al derecho procesal. Así lo ha declarado la Sala primera de la Audiencia de Madrid en sentencia de 21 de Junio de 1890; y quizás por esa razón los autores del Código no consignarían en el artículo 68 del mismo, dicho derecho, que no constituye uno de los efectos de la interposición de la demanda,

sino que es anterior á ella, puesto que desde la solicitud de depósito que puede precederla, está en aptitud el actor de exigir el cumplimiento de dicha obligación, toda vez que ésta nace de la necesidad del gasto judicial, como tiene resuelto el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de Abril de 1886 antes citada, dejando su regulación para dicha rama del derecho.

Aunque así no fuera, aunque la Comisión redactora del Código, al trasladar á éste los principios esenciales del estado legal anterior relativos á las relaciones jurídicas entre los cónyuges, en conformidad á lo dispuesto en la base 4.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888, hubiese realmente incurrido en omisión dejando de consignar en el mismo esa obligación, que si no de derecho escrito, se hallaba, sin embargo, consagrada por la costumbre y la jurisprudencia; aun en este supuesto, repetimos, no podría suponerse que esa preterición de la ley creaba, como se ha supuesto, un derecho á favor del cónyuge obligado al pago de las litisexpensas para rechazar la exigencia de su prestación, toda vez que, según es opinión corriente entre los más ilustres tratadistas, el silencio del legislador no puede ser considerado como fuente de derecho.

En ese caso, si en efecto hubiese incurrido el Código en la omisión que se supone, en vez de estimar creado por ella un derecho á la negativa de las litisexpensas, lo procedente sería lo ordenado en el párrafo 2.º del artículo 6.º, y con arreglo á él, no existiendo disposición expresa en la ley respecto de este punto, habría que aplicar la costumbre del lugar, y en su defecto los principios generales del derecho, los cuales imponen la obligación de prestarlas al cónyuge necesitado de ellas, porque de lo contrario entrañaría una verdadera denegación de justicia.

En efecto; con arreglo al art. 18 de la ley de Enjuiciamiento civil, no puede otorgarse la defensa por pobre, entre otros, al litigante cuyo cónyuge tuviere rentas superiores al jornal de tres braceros en el lugar de la residencia habitual de la familia. Ese precepto de la ley adjetiva no ha sido derogado por el Có-

digo civil, según se declara en la referida sentencia de 21 de Junio, porque el precepto derogatorio contenido en el art. 1976 del mismo sólo se refiere á los cuerpos legales, usos y costumbres que formen parte del derecho civil común, y, por lo tanto, mientras subsista aquel precepto tiene que proveerse de litisexpensas al cónyuge pobre si su consorte fuere rico, porque de lo contrario se le privaría de los medios de defenderse.

Y no se diga que con la pensión alimenticia ampliamente fijada puede proveer á esa necesidad destinando al pago de costas judiciales el sobrante que quedare después de cubiertas las atenciones más precisas de la vida, porque á esto se opone el texto claro y explícito del art. 142, que determina lo que puede ser objeto de los alimentos.

Según dicho artículo, sólo pueden ser materia de los alimentos, el sustento, la habitación, el vestido, la asistencia médica, y en algunos casos la educación é instrucción del alimentista, y á ninguna otra atención distinta de éstas podría destinarse la pensión alimenticia concedida, aunque resultare un sobrante después de cubiertas las necesidades precisas de la vida, en este caso habría lugar á solicitar su reducción, pero jamás estaría justificado ni sería legal destinar los alimentos á un concepto jurídico distinto de aquel para el que habían sido concedidos.

Nos hemos detenido acaso más de lo debido en las consideraciones que preceden, porque se trata de una cuestión que se ha promovido ya en los tribunales y puede surgir con harta frecuencia, por más que entendemos se halla resuelta en el Código mismo de modo tan claro y terminante, que no puede caber, á neestro juicio, la menor duda sobre la subsistencia del derecho á las litisexpensas.

La demostración es bien sencilla. Hemos dicho, y la Sala primera de esta Audiencia ha reconocido, que el Código civil no incurre en omisión alguna respecto de este punto, porque el silencio del art. 68 del mismo nada dice ni significa en contra de la obligación del marido de satisfacer litisexpensas á su esposa, «*no sólo porque éstas no pueden considerarse como uno de los efectos*

civiles de la demanda de divorcio, objeto único del art. 68 citado, sino también porque dada la índole de la acción de litisexpensas esencialmente formal, ni podía ni debía ser comprendida ó enumerada en un código puramente sustantivo», según literalmente se consigna en dicha sentencia.

Con arreglo á ese criterio, sólo correspondía al Código determinar de qué caudal ó de qué bienes habían de ser satisfechas las litisexpensas, y no puede caber la menor duda de que esta cuestión se halla resuelta en el mismo.

Con efecto; en el régimen de comunidad ó en el de separación de bienes no puede ofrecerse dificultad alguna, pues en el primer caso todos los bienes del matrimonio responden á las deudas de cualquiera de los cónyuges, y en el segundo, el caudal de cada uno de ellos está sujeto á las obligaciones del mismo. Y por último, en el caso de hallarse constituído el matrimonio bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales, tampoco puede haber cuestión, porque de una manera genérica están comprendidas las litisexpensas en el caso 1.º del artículo 1408 del Código entre las obligaciones de cargo de dicha sociedad, como lo ha declarado también el Tribunal citado en la sentencia mencionada, por constituir una deuda ú obligación contraída legalmente por la mujer, la causada por los gastos de su defensa.

De lo dicho resulta que, á pesar de la omisión que algunos creen encontrar en el art. 68 y en el 1408 del Código civil, subsiste después de la promulgación de éste el derecho de la mujer á reclamar litisexpensas á su esposo en todos aquellos casos en que no pueda obtener el beneficio de pobreza, con arreglo al artículo 18 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Cuanto hemos dicho á este propósito de la mujer, debe entenderse extensivo al marido si éste fuere pobre y la mujer rica, por ser según el Código recíprocas las prestaciones que reconocen por origen el mutuo deber de asistencia que tienen ambos cónyuges, y por incurrirse además en otro caso en la misma denegación de justicia que antes hemos indicado.

En el comentario del art. 1408 nos ocupamos también de esta materia, y consta la jurisprudencia sentada con relación á la misma.

II

Alimentos entre ascendientes y descendientes legítimos.

En la introducción de este título hemos citado ya las diversas leyes de nuestro antiguo derecho que imponían á los ascendientes y descendientes legítimos la obligación de alimentarse recíprocamente, y no hemos de hacer, por lo tanto, aquí la historia de ese derecho que consignado se encuentra en todos los Códigos, y antes que en ellos en las leyes de la propia naturaleza.

En el orden correspondiente, tanto en la línea de los ascendientes como en la de descendientes, los más próximos excluyen á los más remotos, siempre que estén en condiciones de cumplir este deber. Por eso en primer término vienen obligados á ello los padres respecto de los hijos y éstos respecto de aquéllos, como lo previene el art. 144 al imponer esa obligación por el orden en que sean llamados á la sucesión legítima de la persona que tenga derecho á los alimentos.

La equidad y la razón natural imponen de tal modo á los padres la obligación de alimentar á sus hijos, que ociosa es toda discusión sobre el fundamento de este derecho, que Kant estimó basado en el principio de la paternidad y en la obligación contraída por el padre para con la prole á quien engendra, y que indudablemente tiene su razón más sólida en aquellos oficios de piedad basados en los vínculos del cariño y de la sangre, tan galanamente expuestos en los hermosos conceptos de las leyes 1.ª y 2.ª del tít. 19 de la partida 4.ª y del proemio de dicho título.

En cuanto á los hijos, los deberes de cariño y de respeto debidos á sus progenitores justifican sobradamente esa obligación

moral y legal en que se hallan de alimentarlos, cuando éstos no pueden proveer por sí á dicha necesidad.

Á falta del padre, ó cuando éste careciera de medios ó se hallare incapacitado para suministrar los alimentos, recae dicha obligación en la madre, y tanto ésta como aquél deben satisfacerlos en los términos establecidos en el art 146, es decir, en proporción al caudal ó medios del que ha de darlos y á las necesidades del que ha de recibirlos; en lo cual han estado conformes siempre nuestras leyes, dando la mayor amplitud á los alimentos debidos por los padres á sus hijos legítimos.

No todas las legislaciones han seguido este criterio. En algunas, como en la inglesa, es sumamente mezquina la pensión alimenticia asignada á los hijos. En otras, como en Austria, se dividen entre el padre y la madre los deberes objeto de los alimentos, imponiéndose al primero la obligación de suministrar á sus hijos legítimos *lo indispensable* para la manutención, y á la segunda el cuidado del cuerpo y la salud; pero si el padre careciera de medios y los tuviera la madre, entonces vendría obligada á la manutención y educación de sus hijos (artículos 139, 141 y 143 del Código austriaco). En otras legislaciones no se encuentran disposiciones expresas en que se consigne la obligación de los padres de suministrar alimentos á los hijos, como sucede en la rusa; pero cuando menos, como de derecho natural, es reconocida y respetada.

Lo que hemos dicho de los padres debemos decir de los hijos, puesto que en todos los países está establecido el deber que tienen los hijos de alimentar á sus padres cuando éstos fueren pobres.

En el Código de Uruguay y en algunos otros encontramos una disposición especial digna de particular mención. En general las leyes imponen el deber de alimentarse recíprocamente á los padres y á los hijos por parentesco de consanguinidad; pero el Código citado amplía dicha obligación extendiéndola á los que lo son por afinidad con determinadas limitaciones (artículo 119).

La obligación impuesta por la ley á los padres, de criar, educar y alimentar á sus hijos según su fortuna, lleva consigo, como consecuencia precisa, la de reembolsar los gastos invertidos con ese fin á quien sin un deber exigible legalmente los hubiese suplido. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de Noviembre de 1885, y se previene también en el art. 1894 del presente Código.

Á falta de padres, ó cuando éstos en absoluto carecen de medios, pasa á los abuelos la obligación de alimentar á los descendientes; y lo mismo sucede recíprocamente en esta línea con relación á los ascendientes, sin que nos detengamos en este punto con mayores indicaciones, pues nos basta referirnos á lo dicho en la introducción del presente título, por no haber sufrido alteración alguna esta materia en nuestro antiguo derecho y á lo que ordenan los artículos 144 y 145 y expondremos en su comentario.

Esa obligación de darse recíprocamente alimentos los ascendientes y descendientes no tiene limitación alguna de tiempo, así es que en cualquier edad en que se encuentren pueden reclamarlos y obtenerlos cuando lo necesiten, siempre que no concurra alguna de las causas por las que cesa dicha obligación, según veremos al examinar el art. 152.

Según el núm. 5.º del art. 1408, deben ser de cargo de la sociedad de gananciales los alimentos debidos por los padres á los hijos como á los demás individuos de la familia, aun cuando se hallen emancipados, puesto que la razón legal es idéntica en uno y en otro caso, siendo también de cargo de dicha sociedad los gastos de educación de los hijos comunes ó de los legítimos de cada uno de los cónyuges, cuyos gastos forman parte de los alimentos en el caso de ser el alimentista menor de edad, según se expresa en el párrafo 2.º del art. 142. Disuelta esa sociedad, tanto el padre como la madre deberán atender al sostenimiento y educación de los hijos en proporción á sus respectivos bienes (párrafo 2.º del art. 1434).

Réstanos indicar que los alimentos, y lo mismo los gastos de

educación que en algunos casos forman parte de su objeto, no están sujetos á colación en la herencia del que los hubiere suministrado (art. 1041). Exceptúanse de dicha disposición los gastos hechos por el padre para dar á sus hijos una carrera profesional ó artística, los cuales se llevarán á colación en la sucesión del mismo, cuando éste lo hubiere dispuesto ó cuando perjudicaren á la legítima; pero es de advertir que en los casos en que hayan de colacionarse dichos gastos, se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres (art. 1042).

Entre los hijos legítimos deben considerarse comprendidos los legitimados por subsiguiente matrimonio, puesto que el artículo 122 les concede los mismos derechos que á los legítimos.

El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de Enero de 1903, declara que la obligación de suministrar alimentos á los hijos, y con mayor razón si se hallan representados por un defensor y litigan con su padre, no comprende el deber de sufragar los gastos del pleito, pues no se trata de su alimentación, educación, ni instrucción. Las circunstancias que motivan las *litisexpensas* entre los cónyuges son de naturaleza muy distinta.

Los padres de una mujer casada, declara el mismo Tribunal en sentencia de 10 de Enero de 1906, no tienen la obligación de suministrar alimentos ni á ella, ni á sus hijos, cuando el marido no se halla física ni moralmente impedido de ejercer un oficio ó profesión, pues el sostenimiento de la familia pesa en primer término sobre el cónyuge con arreglo á los arts. 143 y 144.

Véase en el art. 152, la sentencia de 12 de Julio de 1904.

III

Alimentos entre los padres y los hijos legitimados por concesión Real y los naturales reconocidos.

Una de las novedades más importantes del Código, es el favor dispensado por el mismo á los hijos naturales, pues si bien

no han desaparecido ni debían desaparecer del todo las antiguas diferencias que los separaban de los legítimos, porque hubiera sido grande error igualarlos en absoluto, como se dice en la introducción á esta obra, se han reducido sin embargo considerablemente, sobre todo en cuanto á sus derechos en la sucesión de los ascendientes y hermanos, como lo demandaban la justicia y la humanidad.

Según el Código, la legitimación por concesión Real viene á surtir casi el mismo efecto que el reconocimiento, puesto que á los legitimados en dicha forma se conceden los mismos derechos que á los hijos naturales reconocidos, tanto en la herencia testada é intestada (artículos 844 y 939), como en los demás derechos de familia (artículos 127 y 134). Unos y otros hijos han de tener la condición legal de naturales, y esto justifica esa asimilación.

Consecuencia natural de la misma, era que también los equiparase en cuanto al derecho á recibir alimentos, y así se establece en los números 3.º y 4.º del art. 143 que estamos comentando, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 127 y 134. En el comentario de estos artículos hemos expuesto la razón de estas disposiciones y las modificaciones que han introducido en nuestro antiguo derecho, y á ellos nos remitimos para evitar repeticiones.

Por las razones que allí hemos expuesto el Código ha limitado la obligación de dar alimentos respecto de los hijos ilegítimos á los padres en la línea ascendente, y por lo tanto, los legitimados por concesión Real y los naturales reconocidos no podrán solicitarlos más que de éstos, pero no del abuelo ó de la abuela. Así se declara terminantemente, con relación al artículo que comentamos, en sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Julio de 1895. En cambio, el padre viene obligado á satisfacerlos, no sólo á su hijo legitimado ó reconocido, sino también á los descendientes legítimos de éste, pero no á los ilegítimos, porque éstos no pueden reclamarlos de los abuelos. Y como la obligación de alimentos es, por naturaleza, recíproca, á su vez el legitimado ó reco-

nocido y sus descendientes citados obligados están á alimentar á los padres del primero.

Dicha obligación recaerá sobre el padre y la madre cuando los dos hayan reconocido al hijo natural ó solicitado su legitimación por concesión real; pero cuando estos actos hayan sido practicados por uno solo de ellos, éste será el único obligado á los alimentos. Esto es lo natural, y así lo ordena la ley en los artículos citados. Nunca puede recaer esa obligación sobre el cónyuge que hubiere dado su consentimiento para la legitimación por el otro, porque este acto no supone el reconocimiento de su paternidad ó maternidad, que es la base de tal obligación.

IV

Alimentos á los hijos ilegítimos que no tienen la condición de naturales

En la primitiva edición del Código hallábase redactado el artículo 143 en términos mucho más amplios, puesto que se concedían alimentos en igualdad de circunstancias y en idénticos términos á los hijos ilegítimos que á los legítimos y naturales, y lo mismo sucedía con los hermanos.

Comprendía dicho artículo seis casos distintos, contrayéndose el primero á los alimentos entre cónyuges; el segundo, á los de los ascendientes y descendientes legítimos; el tercero, á los de padres é hijos legitimados por concesión real y descendientes de éstos; el cuarto, á los de los padres é hijos naturales reconocidos y los descendientes legítimos de éstos; el quinto, á los de los padres é hijos ilegítimos en quienes no concurriera la condición legal de naturales, y el sexto, á los alimentos entre hermanos.

En cuanto á los cuatro primeros casos, no se observa distinción alguna, concordando exactamente una y otra edición de dicho Código; pero en los dos últimos, que constituyen hoy los dos últimos párrafos del artículo, las diferencias son de gran consideración, pues al paso que en la primitiva se concedieron á todos los comprendidos en los seis casos citados una misma clase

de alimentos, en la actualmente vigente sólo se les señalan á los hijos ilegítimos y á los hermanos los auxilios necesarios para la subsistencia ó la vida, y, además, los gastos indispensables para la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio cuando sea menor de edad el alimentista.

Al revisar la Comisión de Códigos, en cumplimiento de la ley de 26 de Mayo de 1889, la primera edición publicada para introducir en la que nuevamente había de formarse las enmiendas y adiciones necesarias ó convenientes, según el resultado de la discusión habida sobre el mismo en los Cuerpos Colegisladores, observó que en dicha edición no se había tomado bastante en cuenta, como se hizo notar en aquella discusión, la diferencia resultante entre los alimentos *naturales* y los *civiles*, respecto á la diversidad de personas á quienes, ya confirmando las leyes ó la jurisprudencia antigua, ya completándola ó fijándola, se concede el derecho á los alimentos.

Según hemos dicho en otra ocasión, si bien no ha adoptado el Código la antigua denominación de los alimentos, reconoció, sin embargo, la diferencia que entre unos y otros existía, y estimando que no á todos se debían en la misma proporción y en idénticos términos, siendo tan distintas las causas y la razón legal de percibirlos en cada caso, no pudo menos de considerar que en algunos de ellos, como en los de los hijos ilegítimos y en el de los hermanos, se había procedido con exceso al concederlos en toda su amplitud y extensión, y hubo de restringirlos á lo puramente indispensable para las necesidades de la vida, ó sea á los alimentos naturales.

Explicado ya el motivo de la reforma que en este punto se observa, y expuesto en los párrafos anteriores lo relativo á los incisos señalados con los núms. 1.º al 4.º, que no han sido reformados, pasemos al examen de lo que se establece en el párrafo del mismo art. 143 que sigue á dichos incisos, acerca de los alimentos que se deben mutuamente los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales.

Ya se declaró en el art. 139 que «los hijos ilegítimos, en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho á exigir de sus padres alimentos conforme al artículo 143», que estamos ahora comentando. Es, pues, este artículo el complemento de aquella disposición, determinándose en él la extensión de esa obligación de los padres, limitándola á los auxilios necesarios para la subsistencia de tales hijos, y si son menores de edad, para la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio, á fin de que esos hijos sean útiles á la sociedad, y cuando lleguen á ser hombres cuenten con los medios necesarios para subsistir y crearse una familia. Y como es siempre recíproca la obligación de alimentos, el padre ó la madre que los necesite, puede reclamarlos del hijo ilegítimo que pueda darlos, pero limitada á los auxilios necesarios para la vida.

Respecto de los hijos menores, cumplirán los padres esa obligación dándoles, además de los alimentos naturales, la carrera ú oficio que crean conveniente, sin tener en cuenta su fortuna ó posición social, pues la ley no les obliga ó otra cosa. Véase también el art. 845, que transmite dicha obligación á los herederos de los padres hasta que los hijos lleguen á la mayor edad, ó mientras dure su incapacidad.

Téngase presente que á las demandas de alimentos, en los casos de que se trata, han de acompañarse los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden, como se previene en el art. 1609 de la ley de Enjuiciamiento civil, y no pueden ser admitidas sin llenar este requisito. Esos documentos no pueden ser otros que los determinados en el artículo 140 del Código civil, y como en el 141 se prohibe la admisión en juicio de demanda alguna que directa ó indirectamente tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, resulta que estos hijos no pueden pedir alimentos á su padre sino en el caso de que se infiera la paternidad de una sentencia firme, ó de haberla reconocido el padre expresamente en un do-

cumento indubitado. Podrán reclamarlos de la madre siempre que puedan justificar cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

En el comentario de dichos artículos, y especialmente en el del 139, hemos expuesto cuanto puede conducir á la recta inteligencia de la disposición que estamos examinando. Sin embargo, para completar é ilustrar la materia haremos todavía algunas observaciones.

La ley 5.ª, tít. 19 de la Partida 4.ª, capital, como ya se ha dicho, en materia de alimentos entre parientes, estableció respecto de los hijos espúreos, que *los parientes que suben por la liña derecha de parte de padre no son tenudos de los criar si non quisieren; fueras ende si lo fizieren por su mesura moviéndose naturalmente á criarlos ó á facerles alguna merced, assi como farian á otros extraños, porque non mueran.*

La mayoría de los comentadores entendió que no imponiendo esta ley al padre expresamente dicha obligación, no la tenía; suscitándose con este motivo una larga controversia, fundada en el estudio de los términos de la misma; pero, á nuestro juicio, dicha deducción, ni era lógica ni consecuente con la inteligencia dada por los mismos á los preceptos de la ley citada.

Hoy es imposible toda cuestión sobre ello. Ya en otra ocasión hemos citado un principio de derecho, de valor innegable en esta materia, consignado por Loyseul con elocuentísimo laconismo, según el que, *el que ha procreado al hijo, debe alimentarle*; y siendo la relación de paternidad en que se apoya este deber igual exactamente en todos los casos, tiene que ser del mismo modo extensivo á los hijos ilegítimos que á los legítimos. La equidad y la razón natural así lo exigen, y de acuerdo con ella, el Código ha quitado toda duda, imponiendo expresamente al padre lo mismo que á la madre dicha obligación, si bien con la restricción que respecto de aquél envuelve la prohibición de investigar la paternidad.

Discutíase también en lo antiguo acerca de los casos en que

eran exigibles los alimentos, en el supuesto de que el padre viniera obligado á darlos al hijo espúreo.

La mayor parte de los comentaristas hacía derivar dicha obligación de la *necesidad* de los hijos, y, por consiguiente, sólo consideraban exigibles dichos alimentos cuando esa necesidad existía, desapareciendo la obligación si el hijo tenía bienes ó medios de alimentarse por su industria ó su trabajo. Así es que algunos autores no sólo sostenían esta teoría, sino que llegaban á prohibir al padre suministrar voluntariamente alimentos al hijo ilegítimo que no los necesitase, entendiendo que esto sería proceder en fraude de la ley.

De esa opinión eran Matienzo, Llamas y Acevedo. Por el contrario, Lara de Córdova y Gregorio López sostenían que si el padre estaba autorizado para disponer del quinto de sus bienes en favor de extraños, con la misma razón podía dejarlo á sus hijos ilegítimos, deduciendo de esto que le era dado prestar alimentos á tales hijos, siempre que la cantidad donada ó legada no excediera de dicho quinto, aunque no los necesitasen.

Hoy esta cuestión no tiene oportunidad ni puede suscitarse, porque el Código sanciona como principio general en materia de alimentos, el que éstos se deben tan sólo en cuanto son necesarios para la subsistencia del alimentista, hasta el punto de que la falta de dicha necesidad es causa bastante para que cese la obligación de darlos, según lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 152.

Finalmente, también era objeto de controversia la extensión ó cuantía de estos alimentos. Sancho Llamas y Molina, dando por supuesta la obligación del padre de alimentar á sus hijos espúreos, sostenían que de ningún modo podía estimarse dicha obligación extensiva á los alimentos civiles, sino tan solo á los naturales; y esta solución conciliadora entre los que todo lo negaban y los que, atendiendo á la voz de la humanidad, querían concederles tantos derechos como á los legítimos, fué la opinión corriente en casi todos los comentaristas.

Así lo ha entendido también el Código, el cual, como hemos visto, ha limitado los alimentos de los hijos ilegítimos que no reúnan la condición legal de naturales á los auxilios necesarios para la subsistencia, inclusos los gastos de la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio, cuando sean menores de edad.

No se entienda por esto que los hijos ilegítimos sólo pueden exigir de sus padres el sustento, sino como dice el art. 143, los auxilios necesarios para su subsistencia, esto es, el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, todo en la medida de lo necesario, y no con arreglo á la posición social de la familia ó del deudor. No hay, pues, razón para criticar el precepto bajo la base de estar autorizados los padres para dejar morir con toda legalidad á sus hijos ilegítimos, por falta de asistencia médica. Siendo esta necesaria para subsistir, y comprendida entre lo que por alimentos entiende el art. 142, es evidente que el padre tiene tal obligación. La diferencia estriba, repetimos, en deberse sólo lo necesario, ó haber de atenderse á otras circunstancias, como la posición social de la familia para graduar la cuantía de los alimentos.

El Código austriaco reduce dichos alimentos á la manutención y educación, cuya obligación corre, en primer término, á cargo del padre, y en su defecto al de la madre, sin permitir que se lleve el padre á los hijos (arts. 165 á 168), pudiendo uno y otro celebrar sobre esta materia los convenios que tengan por conveniente en todo aquello que no perjudique á la prole (170); y, por último, concordando con la doctrina de la ley 8.ª, tít. 13 de la Partida 6.ª, establece en su art. 171 que la obligación de alimentar y colocar á los hijos ilegítimos es una deuda de los padres, que pasa á los herederos de éstos como cualquiera otra deuda.

Algunos otros códigos, como los de Méjico, Portugal y Holanda, concuerdan también en un todo con el nuestro, y la doctrina aceptada por el mismo es generalmente seguida en casi todas las legislaciones, aunque con algunas diferencias.

V

Alimentos á los hermanos.

Refiérese, por último, el art. 143 que examinamos, á los alimentos que se deben los hermanos entre sí.

La ley 1.ª, tít. 8.º, libro 3.º del Fuero Real dispuso *que si oviere algun hermano que fuere pobre, sean tenudos* (los hermanos) *de le gobernar*, siendo éste el primer precedente que encontramos en el derecho patrio de esta obligación, que entre los romanos se hallaba establecida hasta en favor del hermano natural, el cual podía pedir alimentos á su hermano legítimo, como puede verse en la Novela 89, cap. 12, párrafo 6.º

Algunos autores, entre ellos Sala, Larrea y García Goyena, decían que la obligación de alimentarse los hermanos no estaba apoyada en nuestras leyes y en nuestras costumbres; pero en cambio la mayor parte de los intérpretes la sostenían como fundada en dicha ley del Fuero Real, que consideraban vigente; y en cuanto á su subsistencia en las costumbres, no podía abrigarse duda alguna, por más que las condiciones de la vida han hecho siempre menos frecuente este caso que el de los alimentos entre cónyuges ó entre ascendientes y descendientes.

En el proyecto de Código de 1851 se suprimió un artículo que consignaba también dicha obligación, explicando su comentador, Sr. García Goyena, esa supresión en los términos que antes hemos indicado; pero la ley de Matrimonio civil la sancionó nuevamente, dándole todavía mayor extensión, pues la impuso á todos los hermanos legítimos, germanos, uterinos ó consanguíneos, por el orden con que quedan mencionados, fundándose para ello en que el estrecho vínculo que entre tales personas existe, hace que se les considere como miembros de una misma familia, y en que hasta la moralidad pública se resentiría al ver un individuo sumido en la miseria, entretanto que

su hermano viviese en medio del fausto y de la opulencia (1).

Y ese precepto de la ley citada lo ha reproducido el Código, aunque con ciertas limitaciones, en el párrafo último del presente art. 143, estableciendo que los hermanos deben también á sus hermanos legítimos, aunque sólo sean uterinos ó consanguíneos, los auxilios necesarios para la vida, incluso los gastos de la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio.

Los términos en que se ha producido el Código excluyen toda discusión sobre la cuestión tan debatida antes por los autores acerca de si el derecho á exigir estos alimentos correspondía tan sólo al hermano legítimo, ó si le tenía también el hermano natural como en la legislación romana. No habiendo determinado la ley del Fuero Real antes citada cuáles eran los hermanos á quienes se imponía dicha obligación, surgió la duda, á que prestaban ocasión las leyes romanas, estando en desacuerdo sobre ella los tratadistas.

Alonso Díaz de Montalvo, en la glosa de dicha ley, sostenía el derecho de los hermanos meramente naturales, apoyándose para ello en la consideración ya indicada de que la misma no establece distinción alguna; otros comentaristas opinaban lo contrario; pero el Código civil, siguiendo en esto á la ley de Matrimonio civil, ha limitado á los hermanos legítimos la obligación de que se trata.

También se ha discutido largamente si el que hubiere llegado á pobreza por su mala conducta ú holganza, tendría ó no derecho para exigir alimentos al hermano que con su aplicación ó su trabajo había sabido conservar ó adquirir fortuna. Escriche opina que el hermano rico no podría ser obligado en tal caso á dar acogida al hermano disipador, puesto que ha de tenerse cuidado de no fomentar la holgazanería y prodigalidad, y porque la obligación de mantener á los hermanos indigentes

(1) Exposición de motivos de la ley provisional de Matrimonio civil de 18 de Junio de 1870.

no es tan sagrada como la de mantener á los hijos y á los padres.

La ley de Matrimonio civil, en el núm. 4.º de su art. 75, de acuerdo con dicha doctrina, consideró como causa de cesación en la obligación de dar alimentos, en el caso de ser el hermano el que hubiere de satisfacerlos, la circunstancia de que la necesidad del alimentista proviniere de mala conducta ó falta de aplicación al trabajo mientras dicha causa subsistiere. Pero desde luego se comprende que no estuvieron en esto muy afortunados los redactores de dicha ley, puesto que lo que ha de cesar presupone que ha empezado á tener existencia, y, por lo tanto, podría surgir la duda de si en algún caso pudiera empezar la obligación, á pesar de reconocer por causa de la necesidad del alimentista su mala conducta ó falta de aplicación al trabajo anterior á la petición. Además, al decir que cesaría la obligación, parecía excluir la posibilidad de volver á prestar dichos alimentos, en el supuesto de que desapareciendo esa causa los necesitase por otro motivo no imputable á su voluntad, cuando lo que la ley quiso decir es que dicha causa ponía obstáculo al ejercicio del derecho á los alimentos entre hermanos mientras subsistiera, y por lo tanto, que si era anterior á la reclamación, no habría lugar á exigirlos, y si posterior á su prestación, dejaría en suspenso la obligación hasta que desapareciera dicha causa, sin perjuicio de volver á darlos si después incurriese en necesidad por otro motivo.

Resolviendo algunas de dichas dudas, el Tribunal Supremo declaró en sentencia de 16 de Mayo de 1883, que el art. 77 de la ley de Matrimonio civil está subordinado á las disposiciones del art. 75, el cual en su caso 4.º previene, como hemos dicho, que cesa la obligación si la necesidad de los alimentos reclamados por el hermano proviniere de su mala conducta ó falta de aplicación, y por lo tanto, en estos casos no hay derecho á pedirlos. Conforme con esta doctrina, el Código ha establecido que los alimentos entre hermanos se deben sólo cuando por un defecto físico ó moral, ó por cualquier otra causa no imputable al

alimentista, no pueda éste procurarse su subsistencia, excluyendo así de ese derecho al holgazán ó dilapidador que voluntariamente, por falta de aplicación al trabajo ó por otras causas dependientes del mismo, no quisiera ó no pudiera proporcionarse su sustento. Por lo tanto, no basta que sea un hermano pobre para que el acomodado tenga el deber de mantenerlo, sino que se necesita además que la pobreza sea ó haya sido inevitable por parte del que la sufre.

Por esto, la sentencia de 24 de Diciembre de 1902, no hace más que repetir una doctrina indudable, al resolver que los alimentos entre hermanos, requieren que el estado de indigencia en que se encuentren, no sea debido á sus vicios ó mala conducta, causa imputable á ellos, y más, teniendo en cuenta que en tal caso (art. 152), cesa hasta en los ascendientes el deber de alimentar.

Como se dice en la introducción á la presente obra, no existe en esta materia la incongruencia que supone un crítico entre el artículo 152, que permite negar alimentos al descendiente cuya necesidad provenga de mala conducta ó de falta de aplicación al trabajo, y el silencio guardado respecto al mismo caso en este párrafo último del art. 143, cuando es el hermano alimentado por el hermano quien incurre en dicha falta; y para evitar innecesarias repeticiones nos remitimos á lo expuesto entonces en demostración de este aserto (pág. XXXII).

Es de advertir, por último, que la obligación que tienen los hermanos de socorrerse mutuamente, es sólo subsidiaria y no tiene lugar sino en defecto de ascendientes y descendientes.

El Código portugués establece este derecho á favor de los hermanos legítimos ó legitimados, disponiendo en su art. 174, que éstos, á falta de padres ó de otros ascendientes más próximos, pueden pedir alimentos á sus hermanos legítimos, ya sean de padre y madre, ya uterinos ó consanguíneos, pero subsidiariamente y en el orden en que van indicados. El de Méjico también impone á los hermanos la obligación recíproca de alimentarse, pero sólo hasta los dieciocho años. La reconoce igualmen-

te el Código suizo. En cambio, las legislaciones de Inglaterra, Rusia, Guatemala y Alemania no reconocen la obligación de alimentos entre hermanos.

Algunos autores se han ocupado en si los tíos deben dar alimentos á sus sobrinos, respecto de los cuales vienen á suplir en los oficios de piedad á los padres y los abuelos, sosteniendo algunos la afirmativa, sobre todo en determinados casos, como, por ejemplo, en el de quedar de tierna edad sin padres y sin recursos, en los cuales, si no la ley, al menos la humanidad exige que los tíos recojan y alimenten á sus sobrinos; pero los más opinan por la negativa. Igualmente han tratado de si debía extenderse la obligación de alimentos á parientes colaterales de grado más remoto; y no sólo los autores se han preocupado de ello, sino también algunos Códigos, como el de Portugal, el cual, en su artículo 177, impone dicha obligación, á falta de padres, abuelos y hermanos, á cualquier otro pariente hasta el décimo grado, prefiriendo en esto á los más próximos, si bien dicha obligación concluye cuando el alimentista tiene diez años de edad. Pero nuestro Código no ha traspasado el límite de los hermanos en la línea colateral, sin duda, porque después de ellos los vínculos de familia no son tan poderosos y eficaces que autoricen la imposición de ese deber con probabilidades de que sea cumplido; y puesto que no ha avanzado la ley en dicha línea, no tenemos por qué ocuparnos de dichas cuestiones.

ARTÍCULO 144

La reclamación de alimentos, cuando proceda y sean dos ó más los obligados á prestarlos, se hará por el orden siguiente:

1.º Al cónyuge.

2.º A los descendientes del grado más próximo.

3.º A los ascendientes, también del grado más próximo.

4.º A los hermanos.

Entre los descendientes y ascendientes se regulará

la gradación por el orden en que sean llamados á la sucesión legítima de la persona que tenga derecho á los alimentos.

ARTÍCULO 145

Cuando recaiga sobre dos ó más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional á su caudal respectivo.

Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar á una sola de ellas á que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho á reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda.

Cuando dos ó más alimentistas reclamaren á la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente á darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender á todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior, á no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto á la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido á aquél.

Estos dos artículos concuerdan con el 142 del Código italiano, 173 y 174 del portugués, 326 del de Chile y 217 á 221, 226 y 227 del de Méjico, y como de su mera exposición resulta, tienen por objeto fijar el orden que debe seguirse en la reclamación y percibo de los alimentos, en los casos de ser dos ó más los obligados á prestarlos ó los que tuvieren derecho á ellos.

Siendo varias, según el art. 143, las personas sobre quienes puede recaer la obligación de suministrar alimentos, así como aquellas á quienes se concede el derecho á exigirlos, desde luego se imponía la necesidad de establecer entre ellas el orden que debiera seguirse en uno y otro caso, y á llenarla vinieron los dos artículos de este comentario, en el primero de los cuales se fijó el que ha de observarse en la reclamación de los alimentos cuando son varias las personas sujetas á su prestación.

En dicho art. 144 tiene acertado desarrollo y desenvolvi-

miento la doctrina consignada en el anterior, estableciéndose en él un orden de prelación conforme en un todo á las reglas de la lógica y en íntima armonía con los principios fundamentales que dan origen á dicha institución.

En efecto; si la razón legal en que descansa la obligación impuesta por la ley á determinadas personas de suministrar alimentos á sus parientes estriba principalmente en las exigencias de la naturaleza humana y en los vínculos creados por las relaciones de familia, lo lógico es imponerla, en primer término, á los que por la misma naturaleza están más íntimamente relacionados con el alimentista, y sólo á falta de los grados más próximos de parentesco será cuando pueda justificarse su extensión á los más remotos.

Esto es lo que ha hecho el Código en el art. 144 citado, en el que se impone, en primer término, la obligación de prestar alimentos al cónyuge del que los necesitare, porque constituyendo con éste una misma entidad y existiendo entre ambos el mutuo deber de asistencia, impuesto por el mismo en su art. 56, era la persona más íntimamente unida al alimentista, y, por lo tanto, la que, ante todo, debiera soportar dicha obligación.

Véase en el comentario del artículo anterior la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Enero de 1906.

A falta de cónyuge, ó cuando éste carezca de medios para el cumplimiento de dicho deber, la ley llama á los descendientes y después á los ascendientes más próximos, regulando su gradación entre sí por el orden establecido para la sucesión intestada en los arts 930 á 938 ambos inclusive, á cuyo comentario nos remitimos. Así se explica que mencione á los descendientes antes que á los ascendientes al establecer el orden en que debe cumplirse la obligación de alimentos cuando fueren dos ó más los sujetos á ella, por ser ésta también la gradación marcada en las secciones primera y segunda del cap. 4.º, tít. 3.º del libro 3.º de dicho Código para la sucesión intestada.

Excusado es decir que si el alimentista fuese un hijo legitimado por concesión Real, un hijo natural reconocido ú otro ile-

gítimo que no reuna la condición legal de natural, no ha de pasarse de los padres en la línea de los ascendientes; puesto que, según se demostró en el comentario del artículo anterior, el Código en la filiación ilegítima ha limitado á los padres la obligación de alimentar á la prole, sin extenderla á los abuelos.

Finalmente, á falta de cónyuges, descendientes y ascendientes en los términos indicados, habrá de hacerse la reclamación á los hermanos, citados en el párrafo último del art. 143, siempre que el alimentista los necesitare á consecuencia de no poder procurarse por sí la subsistencia por un defecto físico ó moral, ó por cualquiera otra causa no imputable al mismo, sin traspasar estos límites, puesto que el Código no ha extendido la obligación de los alimentos en la línea colateral más allá de los hermanos.

En nuestro anterior derecho no encontramos precedente alguno que de un modo tan preciso y expreso determinara el orden con que debiera procederse á la prestación de los alimentos, si bien podía deducirse dicho orden del estudio de las leyes que imponían esa obligación, pues al establecer dicha carga venían á resolver el orden de prelación en que debía cumplirla cada uno de los obligados á su levantamiento.

La ley de Matrimonio civil reasumió todas esas disposiciones dispersas, en sus artículos 44, 63 y 77, estableciendo en el primero de ellos la obligación que tienen los cónyuges de suministrarse mutuamente alimentos; en el segundo, la que contraen los padres de alimentar á sus hijos y demás descendientes cuya obligación es recíproca por parte de éstos, según el art. 72 de la misma, y reconociendo en el último la de los demás ascendientes y descendientes y la de los hermanos legítimos germanos, uterinos ó consanguíneos. El Código acepta dicho orden, precisándole y fijándole, sin otra alteración que la de colocar á los descendientes antes que los ascendientes, para ser congruente en esto con el seguido para la sucesión intestada.

El Código de la República Argentina establece igual gradación que el nuestro, con ligeras variantes de redacción. El de Alemania acepta también el mismo orden progresivo para el

cumplimiento de dicha obligación, pero anteponiendo los ascendientes á los descendientes. El Código italiano, el portugués y el holandés, también establecen dicho orden. El de Guatemala concreta la obligación á los ascendientes y descendientes entre sí, pero anteponiendo el padre á la madre y los abuelos paternos á los maternos, no reconociendo otros parientes sujetos á prestar alimentos; y por último, en la legislación inglesa, cuando son varios los obligados á darlos, los tribunales son los que deben designar quién ó quiénes deben suministrarlos y en qué proporción, pues nada de esto se halla consignado en la ley.

Puede acontecer que las diversas personas sujetas á la obligación de dar alimentos á una determinada se encuentren en las mismas circunstancias y pertenezcan á un mismo grado, como sucederá siempre que sean dos ó más los hijos, los padres, y en su defecto los abuelos, ó los hermanos que deban prestarlos, y en este caso ocurre preguntar: ¿serán todos responsables mancomunadamente al pago de los alimentos, respondiendo cada uno sólo de la parte correspondiente, ó, por el contrario, es solidaria dicha obligación?

Nuestros tratadistas mantuvieron larga controversia sobre esta cuestión, sosteniendo unos que la obligación de alimentos era divisible, y otros, por el contrario, que debía estimarse indivisible. Según la primera de dichas opiniones, siendo varios los obligados á prestar los alimentos á una persona, debía ésta dirigir su reclamación contra cada uno de ellos solamente por la parte proporcional que le correspondiese abonar: y con arreglo á la segunda, podía pedirse los alimentos á cualquiera de los obligados por toda la cuantía de los mismos, siempre que dicha cuantía no fuese superior á los medios y recursos del demandado.

No hemos de entrar en el examen de estas cuestiones, ni en la crítica de las diversas opiniones mantenidas con motivo de las mismas, porque el Código ha venido á quitar toda ocasión á dudas, estableciendo en el párrafo 1.° del art. 145, que cuando sean dos ó más las personas en quienes recaiga la obligación de

alimentar, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional á su caudal respectivo. En estos términos ha venido á resolver las dudas suscitadas, reconociendo que la obligación alimenticia no es solidaria, sino mancomunada, y que esta mancomunidad no liga por partes iguales á todos los que deben los alimentos, sino en proporción á sus medios de fortuna, que fué lo establecido en la ley 2.ª, título 19 de la Partida 4.ª

De seguirse con absoluto rigor este principio, podría darse el caso de que, por no estar presentes todos los obligados á la prestación de los alimentos, por desconocerse su domicilio ó paradero ó por otros varios motivos, se viera imposibilitado el alimentista de exigirlos en su integridad ó en su total importe, sino en la cuantía correspondiente á los que estuviesen presentes ó en aptitud de suministrarlos; y á dar solución á esa dificultad tiende el párrafo 2.º de dicho artículo, disponiendo que en los casos de que circunstancias especiales y de urgencia lo exigieren, pueda el juez acordar que preste provisionalmente uno solo los alimentos, dejando á salvo su derecho para repetir contra los demás por la parte correspondiente.

De lo dicho resulta que, aun cuando la regla general es que el alimentista debe reclamar en caso necesario los alimentos á todos los sujetos á prestarlos, el Código autoriza, sin embargo, que lo haga sólo respecto de cualquiera de ellos cuando concurriere alguna circunstancia que así lo exija ó requiera. El juez apreciará esa circunstancia por la prueba que de ella habrá de hacerse en el juicio, y si la estima justa y procedente, obligará al demandado á que provisionalmente dé los alimentos, con la reserva antes indicada.

Puede ocurrir también el caso de que sean varias las personas en quienes recaiga el derecho á exigir alimentos de otra determinada, y que ésta no tuviere fortuna bastante para satisfacerlos á todos. La solución de este caso se halla en el párrafo 3.º del mismo art. 145, cuya disposición no tiene precedente alguno en nuestro Derecho. Según dicho párrafo, ha de guardarse el

orden establecido en el art. 144, «á no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto á la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido á aquél».

Con sola esta excepción, cuya justicia es bien notoria, ha de seguirse el orden de dicho artículo. Por consiguiente, los hijos constituídos bajo la patria potestad tienen preferencia sobre todos los que tengan derecho á los alimentos, incluso su madre; y como la ley no distingue, habrá de concederse esa preferencia, lo mismo á los hijos legítimos que á los naturales reconocidos ó legitimados, puesto que unos y otros están sujetos á la patria potestad, según el art. 154. No habiendo hijos en estas condiciones, se seguirá el orden del art. 144, de suerte que el cónyuge ha de ser preferido á los demás parientes, los descendientes á los ascendientes, y éstos á los hermanos; y entre los parientes se determinará la preferencia por el orden en que sean llamados á la sucesión legítima del que deba dar los alimentos, sin fortuna bastante para atender á todos. Cuando los reclamantes tengan igual derecho, lo justo será repartir entre ellos la cuota que pueda exigirse del obligado conforme á su caudal, aunque no baste para cubrir todas las necesidades de aquéllos.

Aunque los hijos adoptivos están también sujetos á la patria potestad del adoptante, según el art. 154, no les creemos comprendidos en la excepción antes expuesta. El 176 les concede el derecho á los alimentos, pero declarando que esta obligación del adoptante ha de entenderse «sin perjuicio del preferente derecho de los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante á ser alimentados por éste». Si quedan, pues, postergados á éstos cuando con ellos concurren, es evidente la intención del legislador de postergarlos también al cónyuge del adoptante, puesto que el derecho de éste es preferente en todo caso al de los ascendientes.

La gradación establecida en el art. 144 del Código civil entre los obligados á prestar alimentos, dice en uno de sus considerandos la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 1902, no lleva consigo la necesidad de que se guarde el mismo

orden para pedir el cumplimiento de tal deber, pudiendo dirigirse la acción contra cualquiera de los obligados comprendidos en la escala, con tal que se justifique que los llamados antes que él carecen de medios para satisfacerlos, porque además de requerirlo así los apremios de la deuda alimenticia, el orden en aquel precepto contenido se halla subordinado á la procedencia de la reclamación. Interpretando de otro modo el art. 144, se impondría al alimentista el gravamen á la vez dispendioso y estéril de promover una serie de procedimientos escalonados hasta llegar al que, por sus recursos económinos, pudiera levantar la carga. Ahora bien: si dirigiéndose la acción contra un hermano rico, éste justifica que el padre tiene lo bastante para prestar los alimentos, sobre éste debe recaer la obligación.

ARTÍCULO 146

La cuantía de los alimentos, en los casos comprendidos en los cuatro números del artículo 143, será proporcionada al caudal ó medios de quien los da y á las necesidades de quien los recibe.

En la primera edición del Código, como no se hacía distinción alguna entre las personas á quienes se reconocía el derecho á los alimentos en los seis casos que en ella contenía el artículo 143, la redacción del que comentamos tenía que ser distinta, puesto que no había necesidad de limitar su disposición ni la extensión de la misma, y así se concretó á consignar tan sólo el principio de que «la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal ó medios de quien los da y á las necesidades de quien los recibe». Pero dada la radical reforma hecha en este punto en el art. 143 del Código, en que se reducen los alimentos de los hijos espúreos y de los hermanos á los puramente naturales, no había más remedio que modificar también la redacción del presente para limitar en él el principio de la proporcionalidad á los cuatro únicos casos en que, según aquél, se deben los alimentos en toda su extensión. Tal como ahora está redactado,

se excluyen de su disposición los hijos ilegítimos que no tengan la condición de naturales y los hermanos, á quienes sólo ha de darse en su caso por vía de alimentos los auxilios necesarios para la vida, como se previene en dicho art. 143.

Ese principio de la proporcionalidad es uno de los caracteres esencialísimos de la obligación de alimentos; pues si ésta se halla establecida para que el alimentista pueda atender á las necesidades de la vida según su clase y posición social, claro y evidente es que ha de tener relación con ellas, y además no puede dejar de tenerse en cuenta el caudal del que ha de prestarlos para que no se imponga al alimentista una carga superior á los medios de que disponga para levantarla, y al mismo tiempo para que no dejen de concederse los alimentos en la extensión adecuada á la posición de la familia y á las exigencias que la misma lleva consigo.

De estas dos bases para la fijación de los alimentos nace el principio de la proporcionalidad, establecido ya en la ley 2.ª, título 19 de la Partida 4.ª, aceptado, por los autores, mantenido por la jurisprudencia, reconocido por los artículos 1609 y 1916 de la ley de Enjuiciamiento civil, sancionado con carácter general para los alimentos legales en el art. 73 de la de Matrimonio civil y reproducido por el Código en el que examinamos.

Algunos entienden que hubiera sido más conveniente, para evitar cuestiones, establecer una sola base para la fijación de la cuantía de los alimentos, limitando éstos á una parte determinada de la renta disfrutada por el alimentante, en armonía con lo ordenado en las leyes de Toro, que fijaron en el quinto de los bienes del padre ó de la madre el máximum de los alimentos que podían dejar éstos á sus hijos naturales. Pero semejante criterio no puede sostenerse, porque, aparte de que la designación del quinto respondía al fin de no gravar las legítimas de los hijos, las necesidades del alimentista no están siempre en proporción con el caudal del alimentante, ni sería justo fijar una parte alícuota de las rentas para todos los casos. Por

esto el Código se ha limitado á determinar lo que ha de entenderse por alimentos, dejando al prudente criterio judicial el fijar la cuantía de ellos según las circunstancias de cada caso, encargando que para esto se tengan en consideración las necesidades del que ha de recibirlos y el caudal *ó medios* del que deba darlos.

El artículo que comentamos es igual al 71 del proyecto de 1851 y concuerda exactamente con el 208 del Código francés, 143 del italiano, 178 del portugués, 225 del mejicano, 329 del de Chile, 246 del de Guatemala, 329 del de Suiza y 122 del de Uruguay. Este faculta al juez de modo expreso y absoluto para regular la forma y cuantía en que deban prestarse los alimentos según las circunstancias de cada caso.

Jurisprudencia.—Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Abril de 1894, 15 de Diciembre de 1896, 11 de Octubre de 1899 y 5 de Junio de 1900, declaran que el art. 146 del Código dispone la proporcionalidad que debe existir en los alimentos teniendo en cuenta el caudal ó medios del que ha de prestarlos y las necesidades del que ha de recibirlos, pero no establece el tipo de esa proporcionalidad, por lo que la fijación de los alimentos queda siempre al prudente arbitrio de los Tribunales.

En el mismo sentido aparecen dictadas las sentencias de 30 de Mayo de 1903, 30 de Enero de 1904 y 21 de Marzo de 1906; el Tribunal Supremo, dice la primera de estas sentencias, no puede alterar la cuantía de los alimentos fijados por el Juez, á no resultar un desconocimiento notorio y evidente de las bases que deben regularlos.

Abundando en la misma tesis, declara la sentencia de 4 de Enero de 1900, que no es potestativo en el que reclama alimentos fijar su cuantía, sino que, teniendo en cuenta la regla establecida en el art. 146, y con arreglo al resultado de la prueba, decidirán los Tribunales.

Insiste en la misma doctrina la sentencia de 5 de Diciembre de 1911, declarando además que para fijar la cuantía de los ali-

mentos que el marido tiene la obligación de prestar á su mujer, debe atenderse conjuntamente á la posición social de la familia, al caudal ó medios de quien los da, y á las necesidades de quien los recibe, sin que separados los cónyuges influya en la extensión de la deuda alimenticia el rango nobiliario á que uno de ellos pertenezca por su nacimiento, ya que la ley ordena que la posición que goza en sociedad la entidad familiar y no la personal de alguno de sus individuos, es la que ha de tenerse en consideración para el cumplimiento de este deber.

Según la de 8 de Abril de 1897, entre los medios con que cuenta el obligado á suministrar alimentos, no puede menos de incluirse el jornal ó salario que gane.

La necesidad de los alimentos ha de demostrarse por el que los pide, sin que baste alegar la edad avanzada, ni aun justificar que se ha obtenido declaración de pobreza para litigar, pues, á pesar de ésta, puede no existir carencia de medios, imposibidad de atender á la subsistencia, necesidad, en suma, de los alimentos. (Sentencias de 5 de Febrero de 1878 y 21 de Febrero de 1898.)

En cambio, si la pensión alimenticia excede del doble jornal de un bracero, como esa pensión ha de computarse entre los medios de fortuna del que pretende obtener á su favor la declaración de pobreza, cabe denegar este beneficio á un alimentista. (Sentencia de 30 de Enero de 1897.)

Pueden consultarse sobre el mismo artículo, las de 16 de Abril, 18 y 28 de Junio de 1901.

ARTÍCULO 147

Los alimentos, en los casos á que se refiere el artículo anterior, se reducirán ó aumentarán proporcionalmente según el aumento ó disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

Este artículo es igual al 76 de la ley de Matrimonio civil y al 72 del proyecto de 1851, concordando además, con cortísimas

diferencias, con el 209 del código francés, 144 del italiano, 379 del de Holanda, 250 y 251 del de Guatemala, 123 del de Uruguay y 181 del portugués, si bien éste se limita á la minoración, haciendo caso omiso de la posibilidad de su aumento.

En realidad no necesita comentario alguno este artículo, pues es una consecuencia necesaria del anterior. En efecto; si los alimentos han de ser, según éste, proporcionados al caudal de quien los da y á las necesidades del que los recibe, justo y equitativo es que se aumenten ó disminuyan en relación con las alteraciones que experimentaren uno y otro de dichos términos, pues de lo contrario perdería el carácter de su proporcionalidad.

En tales casos, la resolución judicial que se dicte aumentando ó disminuyendo los alimentos, no tiene fuerza retroactiva, y debe entenderse sin perjuicio de las cantidades percibidas hasta entonces por el alimentista. En su virtud, no habrá que devolver la diferencia entre la pensión percibida y la señalada nuevamente en el caso de su reducción, ni tampoco podrá exigirse dicha diferencia si fuera aumentada, y así se halla declarado, entre otras sentencias del Tribunal Supremo, en las de 20 de Noviembre de 1869, 26 de Mayo de 1873, 9 de Julio de 1874 y 30 de Junio de 1885, cuya doctrina debe subsistir después de la publicación del Código civil, por ser conforme á su espíritu y á la naturaleza de los alimentos.

ARTÍCULO 148

La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho á percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Se verificará el pago por meses anticipados, y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados á devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente.

Este artículo tiene sus precedentes en el 74 de la ley de Matrimonio civil en cuanto á su primera parte y en el 1614 de la de Enjuiciamiento respecto de la segunda, y concuerda además con el 145 del código civil italiano, 184 del portugués, 331 del de Chile, 1613 del de Alemania y 370 del de la República Argentina.

La ley de Matrimonio civil, en su art. 74, había establecido que la obligación de dar alimentos sería exigible desde que los necesitase para subsistir la persona que tuviese derecho á percibirlos; pero no dijo nada acerca de la época á partir de la cual deberían ser abonados, en el caso de no haberlos reclamado el alimentista desde que nació su necesidad, sino algún tiempo después, y ese silencio de la ley hizo surgir la duda de si serían ó no debidos durante mucho tiempo.

La jurisprudencia vino á resolver esta dificultad en el sentido de que los alimentos sólo se debían desde que se reclamaban, y de acuerdo con dicha jurisprudencia se ha adicionado el antiguo precepto, disponiéndose que no serán abonados sino desde la fecha de la interposición de la demanda. Los alimentos responden á una necesidad imperiosa, sin la cual no serían exigibles, y la ley supone que no existe esa necesidad mientras no se reclamen judicialmente.

En cuanto á que el pago se haga por mensualidades anticipadas, esto era precepto ya establecido en los arts. 1614 y 1916 de la ley de Enjuiciamiento. Y por último, para evitar cuestiones, se hace la prudente racional declaración de que, en caso de fallecimiento del alimentista, no tienen sus herederos obligación de devolver lo que aquél hubiere recibido anticipadamente. De lo cual se deduce que sólo tendrán derecho á reclamar lo que se deba hasta el día del fallecimiento del alimentista, en que cesa la obligación, cuando éste no hubiere recibido antes de su muerte la pensión alimenticia.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de Octubre de 1904, declara que la primera condición para poder exigir alimentos es necesitarlos, y la madre, á cuyo favor existe un contrato por el

que sus hijos se obligan á tenerla en su compañía, alimentarla y asistirla en todo, no tiene tal necesidad, mientras no pruebe el incumplimiento del contrato, y aun entonces de momento y sin perjuicio de exigir lo pactado. En la de 12 de Febrero de 1912 declara que para que la mujer pueda ser obligada á satisfacer cuota alimenticia á su marido, destinando al pago rentas parafernales, es precisa la demostración por parte de aquél de hallarse en la imposibilidad de ejercer oficio, profesión ó industria que le proporcione medios de vivir, prueba más necesaria todavía cuando el estado de separación conyugal en que se encuentra el matrimonio, parece imputable al marido.

ARTÍCULO 149

El obligado á prestar alimentos podrá, á su elección, satisfacerlos, ó pagando la pensión que se fije, ó recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho á ellos.

Este artículo tiene su precedente en el 78 de la ley de Matrimonio civil, si bien en el presente se ha dado mayor amplitud al derecho establecido por vez primera á favor del alimentista en dicha ley. En efecto; antes de la promulgación de ésta no existía precepto alguno expreso que autorizase al padre á exigir á los que no estuvieran bajo su potestad que percibieran los alimentos en su casa y compañía, siendo doctrina corriente la que negaba al padre ese derecho (1), á fin de evitar el conflicto que hubiera de resultar entre él y el del hijo emancipado para abandonar la casa paterna y fijar su residencia. Y si era negado dicho derecho al padre, con mayor motivo había de serlo á cualquier otro alimentista. Sin embargo, los autores de la ley de Matrimonio civil no pudieron menos de tener en cuenta la posibilidad del caso de que el obligado á prestar los alimentos no

(1) Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 1865 y 12 de Noviembre de 1868.

pudiera levantar dicha carga en dinero ó en otra forma que teniendo en su casa y compañía al alimentista, y habida consideración á lo gravosa que esta obligación resultaría en ese caso si se le negase á aquél el derecho de suministrar los alimentos en especie, ordenaron en el art. 78 de la misma que el que hubiera de percibirlos quedaría sujeto á vivir en compañía del alimentista, en el caso de que éste *justificare* no poder satisfacerlos de otro modo por la escasez de su fortuna.

Es decir, que, según dicha legislación, no era potestativo en el alimentante el cumplir la obligación en una ú otra forma. La regla general era darlos fuera de su domicilio, y sólo podía negarse á ello exigiendo al alimentista que viviera en su compañía para disfrutarlos, en el caso de extrema necesidad, y teniendo que hacer la *justificación* debida de la imposibilidad de suministrarlos en otra forma *por la escasez de su fortuna.*

Comparando los términos de dicho art. 78 de la ley de Matrimonio civil con el que comentamos, se observa la gran novedad introducida en este punto por el Código, pues lo que antes era una mera excepción, admitida en beneficio del alimentante pobre para evitar que se le compeliese á cumplir dicha obligación aun con perjuicio de sus propias necesidades, se ha convertido ahora en un derecho, que en todo caso puede ejercitar aunque tuviere medios sobrados para suministrar los alimentos en metálico ó fuera de su casa, toda vez que á su elección deja el Código el hacerlo en una ú otra forma. De lo cual se deduce que si el alimentista no quiere sujetarse á vivir en la casa del alimentante, perderá su derecho á los alimentos.

La razón de esta reforma es bien clara y fácil de comprender, pues si en algunas ocasiones puede producir complicaciones y disgustos el llevar un pariente á la casa del obligado á suministrar los alimentos, en otras puede ser quizás el medio de corregir y enmendar al necesitado de ellos por la dependencia y obligación en que éste se constituye de sujetarse á las reglas del hogar del que le recoge y ampara; y esta sola consideración bastaría para justificar la innovación introducida.

Sin embargo, no debe aceptarse en absoluto el principio consignado en este artículo, pues existen casos en que el alimentante no puede hacer uso del derecho de elección concedido en el mismo, por ser imposible que el alimentista viva en su casa y compañía. Así sucede, por ejemplo, cuando la persona que haya de recibir los alimentos sea la mujer casada constituída en depósito ó después de dictada la sentencia de divorcio; y lo mismo debemos decir de los hijos que no deban quedar en poder del padre ó cuando éstos pidan su depósito por alguna de las causas que lo autorizan. Algunos otros casos más pudiéramos citar, y, por lo tanto, debe entenderse el precepto del artículo en el sentido de que el alimentista podrá hacer uso del derecho de elección concedido en el mismo, siempre que no exista disposición en contrario ó causa legal que obste á su ejercicio.

El Código italiano, en el párrafo 1.º de su art. 145, establece lo mismo que el que comentamos. El de Alemania prescribe que los alimentos han de prestarse mediante el pago de una renta en dinero, pero autoriza á suministrarlos en otra forma cuando motivos particulares justifiquen esta medida. (Art. 1612). El portugués se ajusta en un todo á lo dispuesto en el art. 78 de nuestra ley de Matrimonio civil. Concuerda además este artículo con el 210 y 211 del Código civil francés, 224 del de Méjico y 247 á 249 del de Guatemala.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1897, el art. 149 del Código que ha sustituído al 78 de la del Matrimonio civil, es de observancia general, y rige, por tanto, en Cataluña.

El art. 149 del Código no distingue entre alimentos definitivos ó provisionales, por lo que también á éstos es aplicable el derecho de opción que dicho artículo concede, según declara la sentencia de 11 de Marzo de 1895.

Aparte estas declaraciones generales sobre el artículo, el Tribunal Supremo, interpretándole, ha tenido que limitar el alcance de ese derecho de opción para no hacerle incompatible con otros derechos, como lo prueban las sentencias de 5 de Fe-

brero de 1878, antes del Código, y las posteriores á éste de 25 de Noviembre de 1899, 5 de Julio de 1901 y 31 de Enero de 1902.

Como regla general, establece el Tribunal Supremo en la de 5 de Julio de 1901, que el derecho de opción que el art. 149 del Código civil concede al obligado á prestar alimentos para satisfacerlos, abonando la pensión ó recibiendo y manteniendo en su propia casa al alimentista, no es absoluto ó inflexible, sino que se halla subordinado á la doble condición de que el deudor por tal concepto tenga casa ó domicilio propio, y de que no exista estorbo alguno moral ó legal para que el acreedor se traslade á ella y reciba en la misma el conjunto de ventajas ó socorros, así naturales como civiles, que se comprenden en la acepción jurídica de la palabra *alimentos*, pues faltando cualquiera de esas condiciones, la elección se hace imposible de hecho ó de derecho, y la obligación alimenticia tiene necesariamente que cumplirse en la primera de las formas indicadas.

Este principio lo aplica dicha sentencia y la de 31 de Enero de 1902, á la mujer casada, constituída en depósito durante el pleito de divorcio, cuyo depósito no puede quebrantarse para ir á otra casa á recibir alimentos, y al marido después de admitida la demanda y de hallarse legalmente separado de su esposa, que no puede ser obligado á trasladarse á la casa en que ella se encuentra depositada, ya que el domicilio de ésta es el de su marido, y debe respetarse la separación.

Igual doctrina se admite en la sentencia de 11 de Mayo de 1897.

Según la de 25 de Noviembre de 1899, no cabe el derecho de opción, cuando para prestar los alimentos el alimentante en su casa, tiene que hacer salir á sus nietos de la casa y poder de su madre, arrebatándole la patria potestad, y privándola de atender á sus primeras y más urgentes necesidades con los mismos medios que se otorgan á sus hijos menores.

Depositada una hija menor de edad, al cumplir ésta los veinticinco años ya ese depósito no impide que el padre obligado á

suministrarle alimentos, use del derecho de opción establecido en el art. 149. (Sentencia de 2 de Julio de 1902.)

La de 5 de Diciembre de 1903, vuelve á repetir que ese derecho de opción no es ilimitado, habiendo casos en los que no es procedente, como cuando no ha pretendido el padre que se le confiera la patria potestad que ejerce la madre, y cuando se oponen razones de orden moral que impiden la presencia del hijo en el seno de la familia legítima que dicho padre ha constituído.

ARTÍCULO 150

La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme.

La disposición de este artículo se refiere única y exclusivamente á los alimentos que hemos llamado *legales*, es decir, á aquellos que son establecidos por la ley independientemente de todo pacto y aun contra la voluntad del alimentante, pues respecto de los *convencionales* ó *voluntarios*, es indudable que la obligación de suministrar los alimentos, como todas las demás que reconocen por origen la convención, tiene que pasar á los herederos del que la contrajo, si así se hubiere pactado; y lo mismo la impuesta por testamento.

También han de considerarse como excepción de esta regla general los casos en que el Código disponga expresamente otra cosa, como lo hace en el art. 845 respecto de los alimentos que los padres han de dar á sus hijos ilegítimos que no tengan la condición de naturales, declarando que esta obligación se transmite á los herederos del padre, y subsistirá hasta que tales hijos lleguen á la mayor edad, y en su caso, mientras dure la incapacidad.

Determinado ya el sentido y alcance de este artículo, réstanos indicar, que si bien no tiene precedente alguno en nuestro antiguo derecho, al menos en los términos generales usados por

él mismo, su precepto era doctrina corriente á la publicación del Código, encontrándose la disposición del mismo ajustada por completo á la índole y naturaleza de la obligación alimenticia, la cual es esencialmente personal, por lo que desapareciendo la persona obligada, tiene que desaparecer también el vínculo jurídico á que se hallaba sujeta, fuera de los casos exceptuados.

Y así es, en efecto; muerto el obligado á suministrar los alimentos, cesa la obligación de prestarlos, sin que esto obste á que el alimentista siga disfrutándolos en muchos casos, pues en todos ellos subsisten los alimentos, no por el mismo título á virtud del cual venía prestándolos el difunto, sino por otro distinto igualmente eficaz.

Por ejemplo, cuando la mujer casada recibe alimentos de su marido, al morir éste cesará dicha obligación, por más que seguirá percibiéndolos, bien con cargo á la herencia durante la proindivisión, si el difunto dejó bienes, bien por parte de sus hijos y demás descendientes, ascendientes ó hermanos por el orden establecido en el art. 144. Los hijos, al morir los padres, dejarán de percibir alimentos de éstos, aunque podrán seguir recibiéndolos de los demás ascendientes ó hermanos en su caso. Es decir, que la muerte del obligado extingue realmente su obligación, pudiendo dar lugar ese hecho á otra nueva, y que aun en el caso de transmitirse á los herederos, son entonces debidos los alimentos por título diverso de aquel en cuya virtud los viniera prestando el finado. En su consecuencia, no subsistirán en la misma cuantía antes fijada, sino en proporción al nuevo caudal obligado á su satisfacción.

Concuerdan casi á la letra con el artículo que examinamos el 146 del Código de Italia, el 1615 del de Alemania, el 374 del de la República Argentina y el 372 del de Chile.

El Código portugués difiere esencialmente del nuestro en este punto, disponiendo que si la obligación de que se trata hubiere sido pedida ó concedida judicialmente, se transmite con la herencia (art. 176). Mayor divergencia aún se encuentra en el derecho inglés, en el ruso y en el Código austriaco, en los cua-

les constituye una deuda permanente á favor del alimentista y transmisible á los herederos del alimentante la obligación de prestar alimentos.

Consecuente con la doctrina de este artículo, la sentencia de 6 de Julio de 1895 declara que la obligación de suministrar alimentos es personalísima y no se transmite á tercera persona ni constituye carga ó gravamen á que estén afectos los bienes del que deba darlos.

La sentencia de 26 de Marzo de 1904, citada ya en el comentario de los arts. 135 y 137, declara, con relación al 150, que en Cataluña no tienen los hijos naturales derecho á la sucesión de su padre, por lo que el deber de alimentarlos, es transmisible á los herederos (párrafo 6.º, cap. 12, Novela 89 de Justiniano). Dicho art. 150 no rige por tanto en Cataluña, cuando se trata de hijos naturales.

ARTÍCULO 151

No es renunciable ni transmisible á un tercero el derecho á los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos.

Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse á título oneroso ó gratuito el derecho á demandarlas.

En este artículo ha venido el Código á sancionar la doctrina mantenida por la jurisprudencia de los Tribunales y por los comentaristas de nuestro antiguo derecho, que consideraba nula la renuncia que el alimentista hiciere de su derecho á pedir alimentos, aunque interviniese juramento, como contraria al derecho natural (1); y conforme con el art. 238 del de Méjico, ha establecido una excepción de ese principio general respecto de las pensiones alimenticias atrasadas.

(1) Antonio Gómez, ley 22, núm. 12.—Escriche, *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 1.º, pág. 445.—Arrazola, *Enciclopedia española de Derecho*, tomo 2.º, pág. 580.

Fundándose el derecho á los alimentos en la necesidad en que el alimentista se encuentra de conservar su existencia, no cabe admitir que éste se halle facultado para renunciar dicho derecho, porque esto equivaldría á la posibilidad por su parte de impedir la realización de aquel fin. Por eso, á pesar de que el Código en el párrafo 2.º de su art. 4.º aceptó en general el principio que todos los derechos concedidos por las leyes son renunciables, siempre que su renuncia no fuese contra el interés ó el orden público, ó en perjuicio de tercero, no ha podido menos de prohibir la del derecho alimenticio como comprendido en dicha excepción. No siendo renunciable este derecho, tampoco puede ser transmisible, porque su transmisión á tercera persona implica la renuncia por parte del alimentista, y además, porque estando concedido por la ley sólo á determinadas personas, en consideración á las circunstancias especiales de las mismas y á los vínculos jurídicos que les unen á las llamadas á cumplir la obligación de suministrar los alimentos, fácilmente se deduce que ese derecho es por su naturaleza personalísimo.

Tampoco puede ser susceptible de transacción, y así lo establece el art. 1814, que prohibe terminantemente transigir sobre alimentos futuros, cuya disposición se halla en perfecta armonía con la naturaleza del derecho á los alimentos, pues estando creado éste por un interés social, no puede quedar su ejercicio al arbitrio de los particulares.

Prohibe también el artículo la compensación, fundándose en las mismas razones apuntadas. Sobre este extremo el Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de Julio de 1902, declara que la prohibición contenida en art. 151 de no poder compensarse el derecho á los alimentos con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos, no se opone al embargo que éste, como cualquiera otra persona, puede hacer de las pensiones alimenticias en la proporción y medida autorizadas por la ley, para obtener el cobro de créditos contra el alimentista, pues dicha clase de pensiones no están en absoluto excluídas de embargo, ni el hecho envuelve compensación, ya que mientras dure ese embargo y

después ha de seguir subsistente la obligación de alimentar, subsistencia que no cabe en las compensaciones.

Insiste en este criterio, la sentencia de 27 de Febrero de 1903, que establece la siguiente doctrina: «El precepto de no poder compensar el derecho á los alimentos, con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos, no significa el que éste no pueda exigir á aquel el pago de lo que le adeude, embargando para realizarlo la parte de pensión que sea embargable con arreglo á la ley, porque consistiendo el efecto jurídico de la compensación, según prescripción clara y terminante del art. 1202, en extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, lo que el artículo 151 prohibe, es que á título de compensación se pueda extinguir la obligación de prestar alimentos, pero una vez viva ésta, nada se opone, y es por el contrario una consecuencia lógica é indeclinable de la subsistencia de las respectivas obligaciones, la de que los acreedores puedan hacer efectivos sus derechos en toda su extensión, sin que por otra parte exista razón alguna para que lo que pudiera hacer un tercero, no pueda hacerlo como acreedor el que presta los alimentos.»

El principio de la irrenunciabilidad del derecho de alimentos se halla consignado en casi todas las legislaciones, pudiéndose citar, como ejemplo de ello, el art. 1614 del Código alemán, el 374 del de la República Argentina y algunos otros. El Código portugués, en su art. 82, prohibe al alimentista la renuncia expresa de su derecho á los alimentos; pero le autoriza para no pedirlos y para renunciar el cobro de los vencidos.

En el proyecto de Código de 1851 se estableció también la imposibilidad de dicha renuncia (art. 73), y en la ley de Matrimonio civil se consignó igualmente que la obligación de dar alimentos no se extinguiría por la sola renuncia del alimentista (artículo 74); y de acuerdo con tales precedentes, el Código ha precisado con toda claridad dicho principio, prohibiendo la renuncia ó transmisión á tercero y hasta la compensación de los mismos con las deudas que el alimentista pudiera tener respecto del alimentante.

En cuanto al segundo extremo del artículo, ó sea la excepción establecida respecto de las pensiones alimenticias atrasadas, no tiene precedente en nuestro derecho dicha disposición, aunque sí puede encontrársele en la legislación romana.

Realmente en los alimentos atrasados no concurre la razón que ha tenido en cuenta el legislador para prohibir la renuncia, transmisión ó compensación de los futuros, la de ser éstos indispensables para atender con ellos á las necesidades ordinarias y precisas de la vida, las cuales tendrían que quedar en otro caso desatendidas. Pero satisfechas ya éstas en cuanto al pasado, las pensiones alimenticias correspondientes á dicho período de tiempo se convierten en una deuda como otra cualquiera del obligado á dar los alimentos, y, por lo tanto, puede ser susceptible de compensación, transmisión y renuncia.

Réstanos indicar para dejar terminado este punto, que, con arreglo al núm. 1.° del art. 1966, prescribe á los cinco años la acción del alimentista para exigir el pago de las *pensiones* alimenticias.

ARTÍCULO 152

Cesará también la obligación de dar alimentos:

1.° Por muerte del alimentista.

2.° Cuando la fortuna del obligado á darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

3.° Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión ó industria, ó haya adquirido un destino ó mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

4.° Cuando el alimentista, sea ó no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar á la desheredación.

5.° Cuando el alimentista sea descendiente del obligado á dar alimentos, y la necesidad de aquél pro-

venga de mala conducta ó de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

Tiene por objeto este artículo exponer las causas por las cuales se extingue la obligación de dar alimentos además de la establecida en el 150, y en él se han reproducido en los cuatro últimos números, aunque con las ligeras modificaciones que más adelante indicaremos, los cuatro casos consignados en el art. 75 de la ley de Matrimonio civil.

El primero de los que comprende el artículo que examinamos, aunque no lo vemos consignado expresamente en ninguna de las disposiciones legales anteriores, se deducía de ellas de un modo indudable, y lo establecían en primer lugar los tratadistas, por ser el más conforme á la naturaleza de los alimentos. Estos son personalísimos, y con la muerte del alimentista cesa la necesidad de percibirlos, y por consiguiente la obligación de prestarlos, sin que el derecho de aquél sea transmisible á sus herederos. Si por pacto ó en testamento se hubiere establecido otra cosa, el derecho de los herederos nacerá del testamento ó del pacto, resultando siempre que la obligación de dar alimentos á una persona cesa por la muerte de la misma, como se declara en el núm. 1.º del presente artículo.

El caso 2.º de dicho artículo es reproducción exacta del 1.º del art. 75 de la ley de Matrimonio civil, y la justicia de su precepto resulta demostrada con sólo tener en cuenta que la ley no ha querido nunca posponer el interés y los derechos del alimentante á los del alimentista, hasta el punto de darle la elección de suministrar los alimentos en su casa, y cuando ni aun así puede levantar dicha carga sin perjuicio de sus propias necesidades y las de su familia, le exime de ese deber.

En el tercero se ha ampliado la disposición concordante de la ley de Matrimonio civil (caso 2.º del art. 75), adicionándole una primera parte muy necesaria y sobradamente justificada. En dicha ley se decía solamente que cesará la obligación de dar alimentos «*cuando el que hubiere de recibirlos haya mejorado de fortu-*

na hasta el punto de no serle necesarios para su subsistencia», exigiéndose, por lo tanto, en dichos términos, que *de hecho* haya mejorado la posición del alimentista, mientras que, según el nuevo Código, basta la mera *posibilidad* de que éste pueda ejercer un oficio, profesión ó industria, ó haya adquirido un destino ó cualquier otro medio de subsistencia, que haga innecesaria la pensión alimenticia.

La razón de esta adición se deduce del mismo fundamento del derecho á exigir los alimentos, pues si este derecho se deriva de la necesidad del alimentista, evidente resulta que no existiendo esta causa por efecto de alguno de los motivos expresados en la ley, no es permitido su ejercicio, cesando, por lo tanto, la obligación de prestarlos desde el momento en que deje de existir dicha necesidad.

El Código no exige que *de hecho* se ejerza una industria, profesión ú oficio para reputar que ha desaparecido la necesidad, fundándose en el mismo principio á que obedece el caso 5.º, ó sea el de que no puede fomentarse la holgazanería, y por lo tanto, cuando el alimentista tiene *aptitud* y posibilidad para proporcionarse por dicho medio los alimentos y no lo hace, hay que presumir que no los necesita, y no merece el amparo de la ley.

Del principio de que los alimentos no se deben sino en cuanto son necesarios, nace la consecuencia de que ni aun el padre está obligado á darlos al hijo cuando éste tuviere bienes propios, ó profesión ó industria que puedan rendirle lo necesario para su subsistencia, y así lo declaró ya la ley 6.ª, tit. 19 de la Partida 4.ª, en la que se dispuso que «cuando el *fijo oviese de lo suyo en que podiese vevir, ó oviere tal menester porque podiese guarescer usando dél sin mal estanza de sí, entonce non es tenudo el padre de pensar dél»*.

Sobre este núm. 3.º del art. 152 se han dictado por el Tribunal Supremo, las sentencias de 27 de Marzo de 1900 y 17 de Diciembre de 1901.

En la primera se declara que el hecho de ejercer un arte, profesión ú oficio el alimentista, no es bastante para extinguir

la pensión alimenticia, si ésta sigue siendo necesaria, por la estrechez en que se ve obligado á vivir el que recibe los alimentos, y más si se atiende á la desahogada posición del que debe prestarlos, puesto que debe existir proporcionalidad.

En la segunda se establece que la obligación que tiene un hermano de suministrar alimentos, cesa cuando el alimentista obtiene el título de abogado y no adolece de defecto físico ó moral que le impida utilizarlo, pues el núm. 3.º del art. 152 no exige que se ejerza la profesión, oficio ó industria, sino que pueda ejercerse.

Nótese, sin embargo, que lo esencial en dicho número no es que se ejerza ó pueda ejercerse una profesión, sino que no sea ya necesaria la pensión alimenticia para la subsistencia del alimentista.

La causa de extinción de la obligación de alimentos consignada en el núm. 4.º de este artículo, tiene también su precedente en la ley antes citada y en el caso 3.º del art. 75 de la de Matrimonio civil; pero se han introducido algunas modificaciones en su redacción, no solo respecto de dicha ley, sino también de la primitiva edición del Código, pues en ella no se contenían las frases «sea ó no heredero forzoso», que ahora se consignan con referencia á la persona del alimentista.

Contrayéndose las causas de desheredación á los herederos forzosos, la antigua redacción de este caso 4.º podía autorizar la creencia de que sólo los herederos forzosos eran los que habían de perder el derecho á los alimentos por incurrir en alguna de las justas causas de desheredación, siendo posible el caso de que las mismas faltas cometidas por el que no tuviese dicho carácter de heredero forzoso no eximieran al alimentante de seguir alimentando al que le ofendió; y para impedir esta equivocada inteligencia, haciendo desde luego imposible la injusticia que de ello resultaría, se añadieron los términos indicados, haciendo constar con ello que la pena civil impuesta al que incurriere en alguna de las causas de desheredación alcanza lo mismo al heredero forzoso del alimentista que al que no reuna dicha cualidad.

Cuando por alguna de las causas de desheredación se extingue la obligación que el ofendido tenía, ¿podrá el alimentista exigir los alimentos necesarios de las personas que á aquél siguieran en el orden establecido en el art. 144? La contestación no puede menos de ser afirmativa, pues dicho artículo no distingue; y además, según la doctrina en que el mismo se inspira, cuando cesa en una persona, la obligación pasa á la designada inmediatamente. Sin embargo, no por esto puede creerse autorizado el supuesto admitido por un comentador del Código, de que la hija que incurre en prostitución y pierde por este motivo el derecho á pedir alimentos á sus padres, lo tiene para exigirlos del hermano, pues según demostramos al comentar el último párrafo del art. 143, los hermanos sólo se deben alimentos cuando el necesitado de ellos no pudiera proveer á su sustento por un defecto físico ó moral, ó por cualquiera otra causa *no imputable al mismo*, y en el ejemplo citado, imputable sería al alimentista la causa por la que perdió los alimentos del padre, con que podía atender á su subsistencia.

Finalmente, la causa quinta de la cesación de dicha obligación, tiene su precedente en la cuarta del art. 75 de la ley de Matrimonio civil, si bien se ha suprimido en éste lo relativo á los hermanos, porque ya se estableció lo mismo substancialmente respecto de ellos en el último párrafo del art. 143. El precepto contenido en dicha causa es lógico y necesario, fundándose no sólo en la naturaleza de la obligación de dar alimentos, sino también en la consideración de que de lo contrario vendría á favorecerse y ampararse la holganza y otros vicios.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de Julio de 1904, declara que el padre está en su derecho al negar alimentos á un hijo, cuando éste abandonando un destino, dando lugar con sus faltas á ser despedido de otras colocaciones, y observando mala conducta, crea la situación en que se encuentra.

Véase en el comentario del art. 144, la sentencia de 10 de Enero de 1906.

También se aplica el art. 152 en otras sentencias relaciona-

das con motivo de otros artículos, tales como las de 24 de Diciembre de 1902, 26 de Marzo de 1904 y 3 de Noviembre de 1905.

Las causas indicadas se refieren á los alimentos legales ó impuestos por la ley á los parientes; pues respecto de los convencionales, hay que admitir también como causas de extinción el lapso de término por el que hubieren sido concedidos, así como las demás que las partes hubieren establecido, ú ordenado el testador, según se previene en el artículo que sigue.

Concuerda este artículo, salvas ligeras variantes, con el 72 del proyecto del Código de 1851, 179 y 180 del Código portugués, 144 del de Italia, 324 y 332 del de Chile, 236 y 237 del de Méjico, 250, 251 y 253 á 256 del de Guatemala, y 123 del de Uruguay.

ARTICULO 153

Las disposiciones que preceden son aplicables á los demás casos en que por este Código, por testamento ó por pacto se tenga derecho á alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador ó lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate.

Según expusimos en la introducción á este título, el Código otorga á las disposiciones del mismo el carácter de regla general en materia de alimentos, dándoles aplicación en todos los casos en que exista derecho á los mismos por pacto, por ley ó por última voluntad, á no existir disposición expresa en contrario.

Lo explícito de sus términos nos dispensa de toda explicación, bastando para su completa inteligencia que expongamos los casos en que, según el Código, puede existir dicho derecho por título distinto del de parentesco.

Tienen obligación de alimentarse recíprocamente, según el artículo 176, el adoptante y el adoptado. El tutor está también obligado á suministrar alimentos al menor ó incapacitado por

cuenta y en proporción del caudal del mismo (arts. 264 y 268). El donatario debe igualmente alimentos al donante, siendo la negativa á prestarlos causa bastante para la revocación de la donación (caso 3.º del art. 648). Otro de los casos en que dicha obligación existe, es la del legado de alimentos á que se refiere el art. 879; y por último, el usufructuario de bienes hereditarios está obligado á satisfacer también alimentos en los términos que expresa el art. 508.

Al comentar dichos artículos nos ocuparemos con más extensión de la obligación contraída en cada uno de estos casos por el alimentante, bastando al presente indicar que en todos ellos tendrán aplicación las prescripciones establecidas en este título, siempre que no exista regla alguna especial que á ello se oponga, lo cual acontecerá con frecuencia en los alimentos convencionales, en los que la voluntad de las partes puede proveer en modo distinto al régimen de los mismos, y en los dejados por testamento, en los cuales ha de estarse á lo ordenado por el testador, que es la ley del caso.

Cuando existe un contrato en el que se conviene la prestación de alimentos, hay que atender á sus cláusulas y respetar lo convenido, no siendo aplicables más que en casos no previstos en el mismo, los artículos del Código relativos á alimentos entre parientes. (Sentencias de 11 de Mayo de 1897 y 15 de Noviembre de 1900.)

Concuerda con este artículo el 337 del Código de Chile.

FIN DEL TOMO PRIMERO

INDICE DEL TOMO PRIMERO

CÓDIGO CIVIL

LIBRO PRIMERO

De las personas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

FIN DEL ÍNDICE DEL TOMO PRIMERO